Background Paper BP-459E

ABORIGINAL TITLE: THE SUPREME COURT OF CANADA DECISION IN *DELGAMUUKW* v. *BRITISH COLUMBIA*

Mary C. Hurley
Law and Government Division

January 1998
Revised February 2000

Library of Parliament
Bibliothèque du Parlement

Parliamentary Research Branch

The Parliamentary Research Branch of the Library of Parliament works exclusively for Parliament, conducting research and providing information for Committees and Members of the Senate and the House of Commons. This service is extended without partisan bias in such forms as Reports, Background Papers and Issue Reviews. Research Officers in the Branch are also available for personal consultation in their respective fields of expertise.

CE DOCUMENT EST AUSSI PUBLIÉ EN FRANÇAIS

TABLE OF CONTENTS

PAGE

INTRODUCTION 1

BACKGROUND 1

A. Pre-*Delgamuukw* Definitions of Aboriginal Title 1
B. Section 35 Interpretation 2

PRIOR PROCEEDINGS 4

A. The Claim 4
B. The British Columbia Courts 4
1. Decision at Trial 4
2. Decision on Appeal 6
C. The Treaty Process 6

DELGAMUUKW v. *BRITISH COLUMBIA* 7

A. Preliminary Issues Requiring New Trial (par. 73-108) 7
B. Aboriginal Title in Canada (par. 109-139) 8
1. Features of Aboriginal Title (par. 112-115) 8
2. Content of Aboriginal Title (par. 116-132) 9
a. Includes right to exclusive use/occupation of the land for various purposes (par. 116-124) 9
b. Land use must be compatible with the nature of attachment to the land (par. 125-132) 9
3. Aboriginal Title and Section 35 (par. 133-139) 10
C. Proof of Aboriginal Title (par. 140-159) 11
1. The land must have been occupied prior to sovereignty (par. 144-151) 11
a. Applicable Time Frame (par. 144-145) 11
b. Occupancy (par. 146-151) 12
2. In certain cases, there must be continuity between present and pre-sovereignty occupation (par. 152-154) 12
3. Occupation must have been exclusive at sovereignty (par. 155-159) 12
D. Justification of Infringements of Aboriginal Title (par. 160-169) 13
1. General Principles (par. 160-164) 13
a. The infringement must further a compelling/substantial legislative objective (par. 161) 13
b. The infringement must be consistent with the fiduciary relationship (par. 162-164) 13
2. Application to Aboriginal Title (par. 165-169) 14
a. A broad range of legislative objectives may justify infringement (par. 165) 14
b. The nature of the fiduciary duty is determined by the nature of the title (par. 166-169) 14
E. Right of Self-Government (par. 170-71) 15
F. British Columbia's Cross-Appeal (par. 172-183) 15
G. Conclusion and Disposition (par. 184-186) 16

COMMENTARY 16

CHRONOLOGY OF DEVELOPMENTS 17

CANADA

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

ABORIGINAL TITLE: THE SUPREME COURT OF CANADA DECISION IN *DELGAMUUKW* v. *BRITISH COLUMBIA*

INTRODUCTION

In December 1997, the Supreme Court of Canada issued a groundbreaking ruling containing its first definitive statement on the content of Aboriginal title in Canada. The decision in *Delgamuukw* v. *British Columbia*[1] also describes the scope of protection afforded Aboriginal title under subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982*; defines how Aboriginal title may be proved; and outlines the justification test for infringements of Aboriginal title.

This paper provides a summary review of selected noteworthy findings in the Supreme Court decision on Aboriginal title. The review is preceded by background information on common law Aboriginal title and the constitutionalization of Aboriginal rights by subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, concepts that meet in the *Delgamuukw* ruling. The prior judgments of the British Columbia courts are also briefly canvassed.

BACKGROUND

A. Pre-*Delgamuukw* Definitions of Aboriginal Title

British and Canadian courts have sought to define the nature of the legal interest in the land of Canada's Aboriginal peoples for many years. Under now long-established general principles developed in the case law, the Aboriginal interest in land may be surrendered or alienated only to the federal Crown, at which point it passes to the provincial Crown (assuming surrender outside the territories) as an unencumbered Crown title.

Of more immediate relevance, the courts had, by the 1970s, begun to acknowledge the existence of Aboriginal legal rights in the land other than those provided for by treaty or statute. In particular, the 1973 decision of the Supreme Court of Canada (the Court) in

---

(1) [1997] 3 S.C.R. 1010.

Calder v. *The Attorney General of British Columbia*[2] ruled that "Indian title"[3] was a legal right, independent of any form of enactment, and rooted in Aboriginal peoples' historic "occupation, possession and use" of traditional territories. As such, title existed at the time of first contact with Europeans, whether or not it was recognized by them.

Although some subsequent case law provided a certain amount of guidance as to how the existence of this common law Aboriginal title might be established,[4] it was less than fully informative as to the scope or content of title. In the 1984 case *Guerin* v. *The Queen*,[5] four members of the Court described it as a unique interest in land "best characterized by its general inalienability, coupled with the fact that the Crown is under an obligation to deal with the land on the Indians' behalf when the interest is surrendered." In its 1988 decision in *Canadian Pacific Ltd.* v. *Paul*,[6] the Court affirmed that its analysis of Aboriginal title to that point led to the "inescapable conclusion ... that the Indian interest in land is truly *sui generis* [the only one of its kind]. It is more than the right to enjoyment and occupancy, although, ... it is difficult to describe what more in traditional property law terminology."

B. Section 35 Interpretation

The constitutionalization of Aboriginal rights by subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982* created a new legal framework for addressing longstanding Aboriginal claims, including claims to Aboriginal title. Because the provision recognizes and affirms, but does not define, the "existing Aboriginal and treaty rights" of the Aboriginal peoples of Canada, the task of determining the nature and scope of these rights has fallen to the courts.[7]

---

(2) [1973] S.C.R. 313.

(3) It is only relatively recently that the courts ceased using the term "Indian" - appearing in subsection 91(24) of the *Constitution Act, 1867* and the *Indian Act* - as both subject and descriptor, in favour of the more inclusive "Aboriginal people(s)" and "Aboriginal." The term "Aboriginal" refers to the original inhabitants of a territory. Section 35 of the *Constitution Act, 1982*, defines the "Aboriginal peoples of Canada" to include Indian, Inuit and Métis.

(4) See, in particular, the Federal Court of Canada (Trial Division) decision in *Hamlet of Baker Lake* v. *Minister of Indian Affairs*, which set out cumulative criteria relating to Aboriginal title: [1980] 1 F.C. 518, additional reasons at [1981] 1 F.C. 266.

(5) [1984] 2 S.C.R. 335.

(6) [1988] 2 S.C.R. 654.

(7) Parliamentary Research Branch publications providing a more comprehensive review of Aboriginal rights issues are *Aboriginal Rights* by Jane May Allain, Current Issue Review 89-11E, *Aboriginal Fishing Rights: Supreme Court Decisions* by Jane May Allain, Background Paper 428E, October 1996.

The Court's section 35 Aboriginal rights decisions prior to *Delgamuukw* largely involved Aboriginal fishing rights. General interpretive principles stated in the Court's groundbreaking 1990 decision, *Sparrow* v. *R.*,[8] and refined in subsequent rulings through 1996[9] include the following:

- The purposes of subsection 35(1) are to recognize the prior occupation of North America by Aboriginal peoples, and to reconcile that prior presence with the assertion of Crown sovereignty;
- In subsection 35(1), the term "existing" refers to rights that were "unextinguished" in 1982, *i.e.*, not terminated or abolished;
- Subsection 35(1) rights may limit the application of federal and provincial law to Aboriginal peoples, but are not immune from government regulation;
- The Crown must justify any proven legislative infringement of an existing Aboriginal right;
- Aboriginal rights may be defined as flowing from practices, traditions and customs that were central to North American Aboriginal societies prior to contact with Europeans;
- In order to be recognized as Aboriginal rights, such practices and traditions must — even if evolved into modern form — have been integral to the distinctive Aboriginal culture;
- Subsection 35(1) protection of Aboriginal rights is not conditional on the existence of Aboriginal title or on post-contact recognition of those rights by colonial powers;
- Aboriginal title is a distinct species of Aboriginal right;
- Self-government claims are subject to the same analytical framework as other Aboriginal rights claims;[10]
- Aboriginal rights cases are to be adjudicated by the application of principles to facts specific to each case rather than on a general basis;

---

(8) [1990] 1 S.C.R. 1075.

(9) These include, notably, the "trilogy" of B.C. commercial fishing rights decisions (*R.* v. *Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R.* v. *N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672; *R.* v. *Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723) as well as Quebec fishing rights cases (*R.* v. *Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139, *R.* v. *Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101).

(10) See *R.* v. *Pamajewon*, [1996] 2 S.C.R. 821, a case raising self-government issues in relation to high-stakes gambling.

- Courts should approach the rules of evidence in Aboriginal rights matters, and interpret the evidence presented, conscious of the special nature of Aboriginal claims and of the evidentiary difficulties associated with proving a right or rights originating when there were no written records.

As outlined below, the land issues raised in the *Delgamuukw* case provided an opportunity for the Court to apply and adapt these principles to Aboriginal title as a "distinct species" of constitutional Aboriginal right.

PRIOR PROCEEDINGS

A. The Claim

In 1984, 35 Gitxsan and 13 Wet'suwet'en Hereditary Chiefs instituted proceedings against the Province of British Columbia. They claimed, both individually and on behalf of their respective Houses, ownership (unextinguished Aboriginal title) and resulting jurisdiction (entitlement to govern by Aboriginal laws) over separate portions of territory in northwest British Columbia totalling 58,000 square kilometres. The plaintiffs acknowledged the underlying title of the Crown to these lands, but asserted that their claims constituted a burden upon that title. Alternatively, the plaintiffs claimed unspecified Aboriginal rights to use the territory. Compensation for lost lands and resources was also sought.

The province counter-claimed, arguing that the plaintiffs had no right or interest in the land, and that their claim for compensation ought to be against the federal government.

B. The British Columbia Courts

1. Decision at Trial

In March 1991, Chief Justice McEachern of the Supreme Court of British Columbia issued a sweeping and highly controversial ruling[11] dismissing the plaintiffs' claims to Aboriginal title, self-government and Aboriginal rights in the territories at issue. Reduced to its essence, the 400-page decision:

- considered the concept of title as interchangeable with that of Aboriginal rights, and characterized the latter as limited to those "arising from ancient occupation or use of land, to

---

(11) (1991), 79 D.L.R. (4th) 185.

hunt, fish, take game animals, wood, berries and other foods and materials for sustenance and generally to use the lands in the manner they say their ancestors used them";

- held that prior to the *Constitution Act, 1982*, Aboriginal rights existed at the pleasure of the Crown and could be extinguished at will provided the intention to do so was clear;

- found that Aboriginal rights (title) had been extinguished in the claimed, unceded territory at issue by pre-Confederation enactments intended to convey unburdened title to settlers and thus inconsistent with subsisting Aboriginal title;

- gave little weight to the plaintiffs' evidence in the form of oral history of attachment to the land;

- held that title to the land became vested in the Imperial Crown upon its assertion of sovereignty over the mainland colony of British Columbia in the early or mid 19th Century, and indicated that, in any event, the plaintiffs' post-contact ancestors had not exercised jurisdiction over the territory even before that assertion;

- ruled that since its entry into Confederation in 1871, the Province of British Columbia had title to the soil of the province, the right to dispose of Crown lands unburdened by Aboriginal title, and the right to govern the province within the terms of section 92 of the *Constitution Act, 1867*;

- acknowledged that the provincial Crown did have a fiduciary obligation to permit the plaintiffs, subject to the general law of the province, to use unoccupied Crown lands for subsistence purposes until such time as they were put to another purpose, and not to limit such use arbitrarily;

- dismissed the province's counterclaim.[12]

Under Chief Justice McEachern's reasoning, the Aboriginal title and Aboriginal right of self-government claimed by the plaintiffs had been erased over a century previously, and as such were precluded from qualifying as "existing" rights under subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. His ruling was seen by many as seriously at odds with Supreme Court of Canada rulings dealing with constitutional Aboriginal and treaty rights, and was also criticized for its apparent bias in both tone and analytic approach.[13]

---

(12) The action against the federal Crown, which had been joined as a defendant for procedural reasons, was also dismissed.

(13) For a more exhaustive review of the reasons for decision of the B.C. Supreme Court, see the Parliamentary Research Branch publication prepared by Wendy Moss and entitled *B.C. Aboriginal Title Case (Delgamuukw* v. *The Queen)*, Background Paper 258E, May 1991.

2. Decision on Appeal

The scope of the trial court's negative findings was somewhat attenuated by the June 1993 decision of the British Columbia Court of Appeal.[14] In it, the five members of the appellate panel were unanimous in rejecting McEachern J.'s finding of "blanket extinguishment" of all the plaintiffs' Aboriginal rights by colonial or provincial enactments,[15] but differed as to the merits of other elements of his decision.

In the end, a 3-2 majority of the Court of Appeal allowed the appeal only on the above point, issuing a declaration that the Gitxsan and Wet'suwet'en "have unextinguished non-exclusive aboriginal rights, other than a right of ownership or a property right," which were protected by the common law and, since 1982, by subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982,* in a large portion of the area claimed. The precise scope, content and consequences of these rights of use and occupation were not defined by the majority, which referred those issues back to the trial judge for determination, while recommending that the parties resolve their differences through consultation and negotiation. All other aspects of the plaintiffs' claim were dismissed. In the view of the dissenting justices, on the other hand, the plaintiffs' Aboriginal rights to Aboriginal title or to land and their rights of self-government had not been extinguished by the assertion of either British or Canadian sovereignty. They, too, urged settlement of outstanding issues by negotiation and political accommodation.

C. The Treaty Process

In March 1994, the Gitxsan and Wet'suwet'en and the Province of British Columbia were granted leave to appeal and cross-appeal the decision of the British Columbia Court of Appeal to the Supreme Court of Canada. The parties then requested and obtained an adjournment of proceedings to enable them to seek a negotiated treaty settlement. In February 1996, the Province of British Columbia suspended negotiations with the Gitxsan owing to "fundamental differences ... over aboriginal rights." The province's Minister of Aboriginal Affairs considered there was "little chance of progress in negotiating ... with the Gitxsan without

---

(14) (1993), 104 D.L.R. (4th) 470.

(15) It is worth noting that the blanket extinguishment argument advanced before the trial judge on behalf of the Social Credit administration was abandoned on appeal by the newly elected government of the New Democratic Party.

further direction from the Supreme Court of Canada."[16] Subsequent to this breakdown, litigation was resumed. Despite some progress in their negotiations with the province to that point, the Wet'suwet'en remained parties to the proceedings.

DELGAMUUKW v. *BRITISH COLUMBIA*

The Court heard arguments in the case on 16 and 17 June 1997 and released its decision on 11 December 1997. Although the six members of the Court taking part in the judgment[17] were unanimous in their conclusions, distinct sets of reasons issued by Lamer C.J. (Cory, McLachlin and Major JJ. concurring) and La Forest J. (L'Heureux-Dubé J. concurring, with McLachlin J. in substantial agreement) differed somewhat as to the appropriate methodology to be used for proving Aboriginal title. Only the former set of reasons is considered below.

A. Preliminary Issues Requiring New Trial (par. 73-108)[18]

Lamer C.J. considered that the Court was precluded from dealing with the merits of the Gitxsan and Wet'suwet'en claims for two reasons. First, the individual claims originally brought by each House had been amalgamated into two communal claims, but had not been formally amended. Because this procedural defect was prejudicial to the province's rights as a litigant, the correct remedy was a new trial.

Second, a new trial was necessary so that the complex and voluminous factual evidence in the case could be assessed in accordance with principles having specific application to Aboriginal claims such as those of the Gitxsan and Wet'suwet'en.[19] In essence, these

---

(16) Ministry of Aboriginal Affairs, *News Release*, "Province Suspends Treaty Negotiations with Gitxsan [*sic*]," 1 February 1996, available *via* ministry web site at http://www.aaf.gov.bc.ca/aaf/news/1996/fe0196nr.htm.

(17) Sopinka J. heard arguments in the case but did not take part in the judgment.

(18) Par. 1 through 72 introduce the claim, provide a summary historical overview of the Gitxsan and Wet'suwet'en people, and review the judgments of the B.C. courts.

(19) See heading "Section 35 Interpretation" (p. 2).

principles require trial courts to adapt the rules of evidence in light of difficulties of proof intrinsic to the adjudication of Aboriginal claims,

> so that the aboriginal perspective on their practices, customs and traditions and on their relationship with the land, are given due weight by the courts. In practical terms, this requires the courts to come to terms with the oral histories of aboriginal societies, which, for many aboriginal nations, are the only record of their past ... [and which] play a crucial role in the litigation of aboriginal rights (par. 84).

Lamer C.J. found that the trial judge's treatment of the various forms of oral history presented by the plaintiffs to prove traditional occupation and use of the territories claimed had failed to satisfy these principles which, as he noted, had been formulated subsequent to the trial decision.[20]

B. Aboriginal Title in Canada (par. 109-139)

The Chief Justice disagreed with both parties' characterization of Aboriginal title, that of the Gitxsan and Wet'suwet'en for being too broad, that of the province for being too narrow. In his view, the content of Aboriginal title "lies somewhere in between" (par. 111).

1. Features of Aboriginal Title (par. 112-115)

Lamer C.J. identified the *sui generis* [*i.e.*, unique] nature of Aboriginal title as the unifying principle underlying its various dimensions. These are:

- inalienability, in that lands held pursuant to Aboriginal title may be transferred or surrendered only to the Crown: this does not mean, however, that Aboriginal title "is a non-proprietary interest which amounts to no more than a licence to use and occupy the land and cannot compete on an equal footing with other proprietary interests" (par. 113);

---

(20) For instance, the implications of the trial judge's failure to give one form of oral history any independent weight, or of casting doubt on its authenticity, would be that such histories "would be consistently and systematically undervalued by the Canadian legal system, in contradiction of the [Court's] express instruction to the contrary" (par. 98). Similarly, his expectation that a second form would furnish conclusive or precise evidence of pre-contact Aboriginal activities would "be almost an impossible burden to meet" (par. 101). Finally, the effect of the trial judge's rationale for excluding a third form of evidence based on oral history "may be that a society with such an oral tradition would never be able to establish a historical claim through the use of oral history" (par. 106).

- source, in that Aboriginal title arises from (1) occupation of Canada by Aboriginal peoples prior to the *Royal Proclamation of 1763*: under common law principles, the physical fact of occupation is proof of possession in law; and (2) the relationship between common law and pre-existing systems of Aboriginal law;

- communal nature, in that Aboriginal title is a collective right to land held by all members of an Aboriginal nation.

These features cannot be explained fully under either common law rules of real property, or property rules of Aboriginal legal systems.

2. Content of Aboriginal Title (par. 116-132)

a. Includes right to exclusive use/occupation of the land for various purposes (par. 116-124)

The Chief Justice cited three grounds for rejecting the province's restriction of Aboriginal title to the right to use the land only for activities arising from practices or traditions that were integral to the distinctive culture of the group claiming title. First, the Canadian case law in the field made it clear that Aboriginal title is not limited to such uses. Second, legal principles governing the Aboriginal interest in reserve lands and in lands held pursuant to Aboriginal title are the same and, under the *Indian Act*, the uses and benefits to which reserve lands can be put are very broad, and in no way confined as suggested. Third, the *Indian Oil and Gas Act* providing for oil and gas exploration on surrendered reserve lands presumes that the Aboriginal interest in land includes mineral rights, which are themselves included in Aboriginal title. Lands held pursuant to Aboriginal title should be capable of the same forms of non-traditional exploitation.

b. Land use must be compatible with the nature of attachment to the land (par. 125-132)

Lamer C.J. described limits on the content of Aboriginal title as reflecting its *sui generis* nature. In relation to prior occupation as the source of Aboriginal title, the applicable law seeks both to determine historic rights and "to afford legal protection to prior occupation in the present day" in "recognition of the importance of the continuity of the relationship of an aboriginal community to its land over time" (par. 126). Since continuity of relationship also applies to the future, lands subject to Aboriginal title cannot be put to uses that are "irreconcilable with the nature of the occupation of that land and the relationship that the

particular group has had with the land which together have given rise to aboriginal title in the first place" (par. 128). For example, a group successfully claiming Aboriginal title to land that was occupied as a hunting ground may not use the land in such a way as to destroy its value for hunting.

In the Chief Justice's view, these considerations are also relevant to the inalienability of lands held pursuant to Aboriginal title, in that alienation would terminate both entitlement to occupy the land and any special relationship with it. Inalienability suggests that the lands in question are more than a commodity. Rather, they hold inherent value for the community with Aboriginal title and cannot be put to uses by that community that would destroy that value.

Significantly, Lamer C.J. emphasized that this general limitation on the use of lands does not restrict land use to traditional activities, since this would amount to a "legal straitjacket" on those having a "legitimate legal claim to the land." That is, a full range of uses of the land may be undertaken, subject to the "overarching limit" arising from the special nature of the Aboriginal title in the land in question (par.132).

The Chief Justice also noted that nothing in this approach precludes the surrender to the Crown of lands held pursuant to Aboriginal title; in fact, such lands must be surrendered and converted into non-title lands if Aboriginal peoples wish to use them in a manner incompatible with their title.

3. Aboriginal Title and Section 35 (par. 133-139)

Delgamuukw confirmed that common law Aboriginal title, recognized as a common law Aboriginal right prior to 1982, was "constitutionalized ... in its full form" by section 35 of the *Constitution Act, 1982* (par. 133).[21]

Lamer C.J. reiterated the Court's previous findings describing Aboriginal title as distinct from other Aboriginal rights under subsection 35(1) "because it arises where the connection of a group with a piece of land was of a central significance to their distinctive culture" (par. 137). The degree of connection with the land is pivotal in determining the scope of constitutional Aboriginal rights claimed. At one end of the spectrum of rights are those practices or traditions integral to a distinctive Aboriginal culture, but where the use and occupation of land

---

(21) The Chief Justice further noted that constitutionalization of common law Aboriginal rights does not signify that these rights exhaust the content of subsection 35(1) (par. 136).

on which the activities occur do not support a claim of Aboriginal title. In the middle, such traditional activities may be intimately related to a specific piece of land, so that a group is able to demonstrate a "site-specific" right to engage in those activities, but not to establish title to that land. Both forms of activity are protected by subsection 35(1). Finally,

> At the other end of the spectrum, there is aboriginal title itself. … [A]boriginal title confers more than the right to engage in site-specific activities which are aspects of the practices, customs and traditions of distinctive aboriginal cultures. … What aboriginal title confers is the right to the land itself. (par. 138) (emphasis added)

C. Proof of Aboriginal Title (par. 140-159)

The Chief Justice noted that assessment of Aboriginal title claims required adaptation of the Court's existing "test" for Aboriginal rights claims relating to activities on the land. Aboriginal title, on the other hand, is a right to the land, which may itself be used for activities that, being "parasitic on the underlying title," need not be individually protected by subsection 35(1) (par. 140). Both tests, however, shared broad similarities.

1. The land must have been occupied prior to sovereignty (par. 144-151)

a. Applicable Time Frame (par. 144-145)

Lamer J. concluded that the period prior to contact, used in adjudicating Aboriginal rights claims to engage in activities, is an inappropriate time frame in Aboriginal title cases:

- Because Aboriginal title is a burden on the Crown's underlying title, which was gained only upon the Crown's assertion of sovereignty, it follows that Aboriginal title crystallized at that time;
- Under the common law, the act of occupation or possession suffices to ground Aboriginal title without proof that the land was integral to Aboriginal society prior to contact;
- The date of sovereignty can be established with greater certainty than the date of contact;

Later circumstances may be relevant to title, for instance in cases of dispossession of traditional lands occurring after sovereignty.

b. Occupancy (par. 146-151)

To Lamer C.J., both the common law and the Aboriginal perspective on land, including but not limited to Aboriginal legal systems, are relevant for purposes of establishing occupancy. With respect to the former, the fact of physical occupation proves legal possession of the land, which in turn grounds title to it. Such occupation can be established in many ways, including construction, cultivation and resource exploitation; when assessing whether occupation is sufficient to ground title, factors such as the size, manner of life, resources and technological capacity of the claiming group should be considered. Furthermore, since the requirement of pre-sovereignty occupation is sufficient to establish the central significance of the land to the culture of the claiming group, the test for Aboriginal title need not explicitly include the latter element.

2. In certain cases, there must be continuity between present and pre-sovereignty occupation (par. 152-154)

In recognition of the potential scarcity of conclusive evidence of pre-sovereignty occupation, the Chief Justice stipulated that a group claiming Aboriginal title may prove such occupation through evidence of present occupation, supplemented by evidence of continuity. The claiming group need not establish "an unbroken chain of continuity," but rather "substantial maintenance of (their) connection" with the land (par. 153). Provided this substantial connection has been maintained, a claim to Aboriginal title need not be precluded by alterations in the nature of the occupation between sovereignty and the present.

3. Occupation must have been exclusive at sovereignty (par. 155-159)

Lamer C.J. noted that this requirement, like occupation, is proved with reference to both common law and Aboriginal perspectives. Thus, notwithstanding the common law principle of exclusivity linked to fee simple ownership, the test for exclusive occupation in Aboriginal title claims must consider the context of the Aboriginal society in question at sovereignty. In this light, exclusive occupation can be demonstrated, depending on the circumstances, even if other Aboriginal groups were present on or frequented the lands claimed. In addition, the exclusivity requirement need not preclude the possibility of joint title shared between two or more Aboriginal nations, for instance where more than one group shared a

particular piece of land, recognizing each other's entitlement to the exclusion of others. Moreover, evidence of non-exclusive occupation may still establish shared, site-specific Aboriginal rights short of title, for example on lands adjacent to those subject to a title claim and shared for hunting by a number of groups.

D. Justification of Infringements of Aboriginal Title (par. 160-169)

1. General Principles (par. 160-164)

a. The infringement must further a compelling/substantial legislative objective (par. 161)

The Chief Justice reiterated his view that substantial legislative objectives are those directed at the purposes underlying the constitutionalization of Aboriginal rights, *i.e.*, recognition of Aboriginal peoples' prior occupation of North America, and reconciliation of that occupation with the Crown's assertion of sovereignty. The latter purpose is particularly relevant at the justification stage: because Aboriginal societies are part of a broader community over which the Crown is sovereign, limitations on Aboriginal rights will sometimes be justified in the pursuit of objectives of importance to the community as a whole, and are a necessary part of the reconciliation of Aboriginal societies with the broader community.

b. The infringement must be consistent with the fiduciary relationship (par. 162-164)

The nature of the Crown's fiduciary duty toward Aboriginal peoples depends, in Lamer C.J.'s view, on the legal and factual context at issue. While that duty may sometimes demand that Aboriginal interests be given priority, in other contexts it may involve further questions such as whether the infringement is minimal, whether fair compensation is available, and whether the Aboriginal group has been consulted. The degree of scrutiny of infringing measures required by the fiduciary duty will also vary depending on the nature of the Aboriginal right at issue.

2. Application to Aboriginal Title (par. 165-169)

a. A broad range of legislative objectives may justify infringement (par. 165)

Lamer C.J. held that most of these objectives relate to reconciling Aboriginal peoples' prior occupation with the assertion of Crown sovereignty, and thus, to the situation of Aboriginal societies within the broader Canadian community:

> (T)he development of agriculture, forestry, mining and hydroelectric power, the general economic development of the interior of British Columbia, protection of the environment or endangered species, the building of infrastructure and the settlement of foreign populations to support those aims, are the kinds of objectives that are consistent with this purpose and, in principle, can justify the infringement of aboriginal title. (par. 165)

The question of whether an infringing measure is related to such objectives will require assessment on a case by case basis.

b. The nature of the fiduciary duty is determined by the nature of the title (par. 166-169)

The Chief Justice pinpointed three aspects of Aboriginal title as relevant in this respect. First, the right to exclusive occupation and use of the land influences the degree of scrutiny of infringing actions. For instance, a fiduciary duty requiring that Aboriginal title be given priority does not entail an absolute requirement, but rather a government demonstration that the process of resource allocation and the actual allocation reflect the prior interest of the holders of Aboriginal title. Examples of such a demonstration include accommodating Aboriginal participation in resource development, conferral of fee simple or resource exploitation authorizations that reflect prior occupation, reduction of economic barriers to Aboriginal uses of their lands, and so forth. This issue may involve an assessment of the various interests at stake in the resources; difficulties in determining the value of the Aboriginal interest in the land may also be expected.

Second, the fact that Aboriginal title includes the right to choose the uses of land suggests that the fiduciary relationship may be satisfied by involving Aboriginal titleholders in decisions respecting their lands. While the Crown always has a duty of consultation, the nature and scope of that duty vary with the circumstances. Lamer C.J. stressed that even in rare cases

of minor infringement, "when the minimum acceptable standard is consultation, this consultation must be in good faith, and with the intention of substantially addressing the concerns of the aboriginal peoples whose lands are at issue. In most cases, it will be significantly deeper than mere consultation. Some cases may even require the full consent of an aboriginal nation" (par. 168).

Third, as a result of the "inescapably economic aspect" of Aboriginal title, fair compensation will ordinarily be required to fulfil the Crown's fiduciary duty when Aboriginal title is infringed. The amount of compensation will vary according to the nature of the Aboriginal title in question, the severity of the infringement, and the extent to which Aboriginal interests are accommodated.

E. Right of Self-Government (par. 170-71)

The Chief Justice observed that the need for a new trial precluded the Court from dealing with this aspect of the plaintiffs' claim. Furthermore, under the Court's previous case law, self-government claims "cannot be framed in excessively general terms" as had been done in the present case (par. 170).

F. British Columbia's Cross-Appeal (par. 172-183)

Lamer C.J. rejected the province's claim that it had enjoyed the power to extinguish Aboriginal rights, including Aboriginal title, from the time it joined Confederation in 1871 until the entrenchment of subsection 35(1) in the Constitution. His reasons include findings that:

- Subsection 91(24) of the *Constitution Act, 1867* gave the federal government exclusive legislative authority in relation to "Indians, and Lands reserved for Indians," which encompasses the jurisdiction to legislate in relation to Aboriginal title, including its extinguishment;

- Subsection 91(24) also protects a "core of Indianness" that falls within the scope of federal jurisdiction and encompasses the whole range of Aboriginal rights protected by subsection 35(1): laws purporting to extinguish those rights are thus beyond the provinces' legislative authority;

- Although, under the terms of section 109 of the *Constitution Act, 1867*, underlying title to lands in the province vested with the provincial Crown, the provision makes provincial

ownership subject to "any Interest other than that of the Province" in those lands: Aboriginal title is such an interest;

- Provincial laws of general application, *i.e.*, which do not single out Indians for special treatment, do apply to Indians and Indian lands, but may not have the effect of extinguishing Aboriginal rights, in part because such laws would be unable to satisfy the "clear and plain intent" standard for the extinguishment of rights without exceeding the province's jurisdiction;

- Section 88 of the *Indian Act* incorporates by reference provincial laws of general application which would not otherwise apply to Indians, but does not allow these laws to extinguish Aboriginal rights: not only does the provision not contain the required "clear and plain intent," but its explicit reference to treaty rights suggests a clear absence of intention to undermine Aboriginal rights.

G. Conclusion and Disposition (par. 184-186)

Lamer C.J. allowed the appeal in part, dismissed the province's cross-appeal, and ordered a new trial. He explicitly did not encourage a resumption of litigation, however, advising the parties to settle their dispute through negotiations instead. In the Chief Justice's view, "[t]hose negotiations should also include other aboriginal nations which have a stake in the territory claimed. Moreover, the Crown is under a moral, if not a legal, duty to enter into and conduct those negotiations in good faith." Negotiated settlements "with good faith and give and take on all sides" would, he concluded, achieve the reconciliation purpose of subsection 35(1) (par. 186).

COMMENTARY

The Supreme Court of Canada's *Delgamuukw* decision was expected to have significant, if undetermined, repercussions on the future negotiation and settlement of comprehensive land claims based on Aboriginal title, land use policy and Aboriginal title litigation in those regions of the country where traditional Aboriginal lands have not been ceded by treaty. These include not only most of British Columbia, but also, for example, parts of Quebec and Atlantic Canada.

Delgamuukw continues to represent a momentous affirmation of the existence and constitutionally protected status of Aboriginal title in Canada. It seems important, however, to underscore the fact that the Court did not rule on the merits of the Gitxsan and Wet'suwet'en

Aboriginal title claim. The effects of its decision are therefore more directive than conclusive. *Delgamuukw* provided government, Aboriginal claimants, and the lower courts with comprehensive new guidelines for the future settlement or litigation of the Gitxsan and Wet'suwet'en and other comprehensive land claims.

In practical terms, the various parties' responses to the *Delgamuukw* decision remain to be fully played out in terms of policy developments, negotiation processes and the frequency of recourse to the judicial system. Given the history of land claim negotiations, the fact that the Court recommended that ongoing land claim disputes be resolved through negotiation offers no assurance that its guidelines will in fact facilitate the negotiation process or preclude litigation in relation to individual claims. On the other hand, the *Delgamuukw* ruling provided a compelling impulse to the parties to reaffirm the treaty process through negotiation.

In short, the *Delgamuukw* decision established an unprecedented theoretical framework that represents the basis for developing the law of Aboriginal title in Canada, rather than the culmination of the law's development. The law of Aboriginal title will continue to evolve as principles of the *Delgamuukw* framework are implemented.

CHRONOLOGY OF DEVELOPMENTS

The concluding portion of this document lists some noteworthy post-December 1997 developments that are related, directly or indirectly, to the Supreme Court of Canada's *Delgamuukw* ruling.

January 1998

- The British Columbia Treaty Commission (BCTC)[22] urged federal and provincial governments and First Nations to "work together to re-invigorate the treaty process or face

---

(22) In B.C., the treaty-making process and governing principles for negotiations were set out in the BC Claims Task Force Report of 1991 and incorporated in the tripartite Treaty Commission Agreement of 1992. In accordance with the terms of the Agreement, federal and provincial statutes were enacted to establish the British Columbia Treaty Commission. The BCTC is responsible for facilitating treaty negotiations in the province, not including the recently concluded Nisga'a negotiations. It accepts First Nations into the treaty making process; assesses when the parties are ready to start negotiations; allocates funding, primarily in the form of loans, to First Nations; monitors and reports on the progress of negotiations; identifies problems and offers advice; and assists the parties in resolving disputes. Two of the BCTC's five Commissioners are appointed by the First Nations Summit, while

the likelihood of increased economic uncertainty through litigation and renewed confrontation." The then Chief Commissioner characterized the *Delgamuukw* decision as "already having a major impact on the B.C. treaty process" in which approximately 50 B.C. First Nations were engaged. He acknowledged both that "[n]ew mandates and approaches, given the complexity of issues facing [the parties], won't happen overnight," and that *Delgamuukw* could be seen by First Nations as "strengthening their positions and lowering the traditional barriers to litigation as an alternative to negotiation."(23)

February 1998

- The BCTC noted that the two levels of government and the First Nations Summit, the Aboriginal party to the creation of the BCTC regime, had agreed to collaborate in identifying changes to the treaty process that might be required by the *Delgamuukw* ruling. In its view, all parties involved recognized that "the Supreme Court left many questions unanswered which are best answered through negotiations. A court may declare aboriginal title to a specific area, but there will still be a need to negotiate jurisdiction and to reconcile aboriginal and non-aboriginal interests."(24)

March 1998

- The federal Minister of Indian Affairs and Northern Development, the B.C. Minister of Aboriginal Affairs and the Grand Chief of the First Nations Summit Task Group announced the anticipated joint review of the B.C. treaty process in light of the *Delgamuukw* ruling, with the principal objective identified as "finding ways to expedite the reconciliation of the interests of Canada, British Columbia and First Nations." The parties also agreed on the need to engage third parties and business leaders in a broader dialogue about the Supreme Court ruling. A senior-level committee was mandated to meet over a two-month period to

---

(cont'd)

Canada and British Columbia each appoints one. The Chief Commissioner is appointed by agreement among the parties. The present Chief Commissioner, Miles Richardson, began a three-year term in November 1998.

(23) British Columbia Treaty Commission, *News Release*, "Treaty Commission Urges Changes to Safeguard Treaty Process," Vancouver, 28 January 1998. The text of this and other BCTC documents are available online at http://www.bctreaty.net/.

(24) British Columbia Treaty Commission, *Newsletters*, "Supreme Court Decision Underlines Need for Negotiation," Vancouver, February 1998.

examine the decision's impact on the treaty process and to "improve the treaty process to achieve the agreements necessary for economic and social stability in B.C."[25]

- The Confederacy of Nations of the Assembly of First Nations (AFN) adopted resolutions calling, in part, for implementation of *Delgamuukw* principles through reform of federal comprehensive land claims policies, and for the replacement of "offensive" federal laws and policies by measures consistent with the Court's directions in *Delgamuukw*.[26]

April 1998

- The treaty process review commenced, with senior officials for Canada, B.C. and First Nations meeting in two three-day sessions, during which working groups were established on specific issues. Issuing from this round, the participants agreed to recommend an Action Plan to their Principals for review. Topics addressed in this plan included Aboriginal title, accelerated negotiations on certain treaty components, capacity-building, and certainty.[27]

May 1998

- Participants in the annual Business at the Summit forum of First Nations and non-Aboriginal businesspeople acknowledged that the *Delgamuukw* decision had increased uncertainty about investing in B.C. They also, however, saw the ruling as supportive of developing partnerships between Aboriginal and non-Aboriginal communities.[28]

---

(25) Government of Canada, Government of British Columbia, First Nations Summit, *News Release*, "Canada, British Columbia and First Nations Agree to a Joint Review of the B.C. Treaty Process," Vancouver, 13 March 1998.

(26) Resolutions 2/98 and 3/98 of 11 March 1998, affirmed in June 1998 by AFN General Assembly Resolution 34/98. All AFN resolutions are available online at http://www.afn.ca/eng_main.htm

(27) Department of Indian Affairs and Northern Development (DIAND), *Backgrounder*, "Increased Federal Government Support for British Columbia Treaty Negotiations," 7 July 1998. The text of this and other documents issued by DIAND are available online at http://www.inac.gc.ca.

(28) Federal Treaty Negotiation Office, "Business Opportunities Abound in Post-*Delgamuukw* Environment," *Treaty News*, June 1998, available online at http://www.inac.gc.ca/pubs/treaty/june98/index.html.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

June 1998

- The Leader of the Opposition called on the federal government to enact legislation to end uncertainty resulting from the *Delgamuukw* decision, and establish rules on Aboriginal title.[29]
- In its annual report, the BCTC named the *Delgamuukw* decision as the defining event of 1997-98, and identified some matters that were under discussion in the tripartite review, such as recognition that land, resource and cash issues should be addressed earlier in the treaty process, and the need to improve the current-six stage process. In addition, the BCTC stated that overlapping claims and the implications of *Delgamuukw* for consultation processes and interim measures were also outstanding issues requiring the parties' attention:

> *Delgamuukw* has escalated First Nations' demands for a role in dealings by government over lands and resources within their territories. There are too many First Nations in the process for that to be achieved through treaties alone. Other means must be found. *Delgamuukw* suggests consultation processes become negotiation processes so that interim measures and economic development agreements become treaty building blocks.

The BCTC urged the parties to re-establish the tripartite review process, which was described as being at a standstill owing to B.C.'s decision to engage Canada and the First Nations Summit Task Group in bilateral talks. It further noted that, while nearly all First Nations in the B.C. treaty process preferred negotiation, they also "expect government mandates and approaches to change in response to *Delgamuukw*."[30]

July 1998

- In what was described as the first court case to deal with B.C. land claim issues since *Delgamuukw*, the British Columbia Court of Appeal upheld the denial of an interlocutory injunction to the Kitkatla Band, which had sought to prevent logging on land to which they claim title, pending a trial on the title question. In making its decision, the Court took the position that nothing in the *Delgamuukw* ruling had changed the law relating to injunctions. Of central importance to the Kitkatla Band's case was the scope of the provincial Crown's

---

(29) Office of the Leader of the Opposition, *News Release*, "Time to Legislate an End to Delgamuukw Uncertainty," Ottawa, 8 June 1998.

(30) British Columbia Treaty Commission, *Annual Report 1998*, "Challenges - Delgamuukw Decision Defining Event of 1997," Vancouver, June 1998.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

obligation to consult in cases where Aboriginal title is asserted but not yet established. The B.C. courts recognized this as a serious issue.(31)

- In keeping with the parties' recognition of the need to address issues related to First Nations' capacity, the federal government announced the formation of a thirteen-person Capacity Panel with representation from Aboriginal communities (interior and coastal), the resource sector, the BCTC and other fields.(32) The role of the Panel is described as

> [looking] at existing programs and, through consultation with industry and First Nation communities, [identifying] capacity enhancement needs. Based on this information, the panel will: (1) make recommendations on how current programs might be readjusted to better fit the needs; (2) ... identify areas where there are gaps between current programs and capacity enhancement needs; (3) ... identify joint opportunities to enhance First Nation capacity to negotiate and implement treaties and manage land and resources; and, (4) ... assess funding requirements for additional capacity initiatives.(33)

The Panel was expected to present its recommendations to the Minister of Indian Affairs and Northern Development by the end of 1998. The federal government indicated that, over the next three to five years, resources would be made available to support initiatives recommended by the Panel; basic financial support to assist First Nation capacity-building would be approximately $3 million per year.(34)

September 1998

- In an Accord Between the Province of British Columbia and The Hereditary Chiefs Of The Wet'suwet'en People, the parties agreed to address issues raised by the *Delgamuukw* ruling and to "reinvigorate" treaty discussions. The agreement includes commitments to work together in resource planning and development and economic development; focus on economic development as a priority for two existing bilateral working groups studying lands and resources and human services; collaborate on job training and development initiatives;

---

(31) *Kitkatla Band* v. *British Columbia (Minister of Forests)*, [1999] 2 C.N.L.R. 170. See text under June 1999 heading and associated footnote.

(32) Department of Indian Affairs and Northern Development, *News Release*, "Canada Demonstrates Commitment to Revitalizing Treaty Process," Vancouver, 7 July 1998.

(33) *Backgrounder*, note 27.

(34) *Ibid.*

possibly involve local government and industry in bilateral discussions; and ensure that Canada's fiduciary obligations with respect to activities resulting from the Accord are fulfilled.(35)

- A Reconciliation Agreement Between Her Majesty In Right Of British Columbia And The Hereditary Chiefs Of The Gitxsan was also signed to enable the parties to deal with issues related to the *Delgamuukw* decision. The Agreement provides for three levels of discussion: between B.C. and the Gitxsan on issues such as wildlife and habitat management, forestry, mining and economic development; between Canada and the Gitxsan in areas such as fisheries, capacity-building and compensation; and among B.C., Canada and the Gitxsan on trilateral matters, subject to Canada's agreement to resume treaty discussions on the basis of the Gitxsan framework agreement reached in July 1995 before negotiations were suspended.(36)
- The B.C. government released operational guidelines designed to assist provincial ministries and agencies, particularly in the land and resource sectors, to meet the *Delgamuukw* requirement for consultation of First Nations on proposed Crown land activities that might infringe Aboriginal title. The process does not involve a determination of the existence of Aboriginal title, which must be proved by First Nations. In announcing these guidelines, the provincial Minister of Aboriginal Affairs commented that "[t]his is not the province's comprehensive response to *Delgamuukw*. We will continue to discuss consultation requirements … with First Nations organizations and the federal government."(37)

October 1998

- The BCTC reported the parties' agreement to continue the tripartite review process on issues including Aboriginal title and certainty, the role of the BCTC, consultation, negotiation financing for First Nations and interim measures. On the last issue, the BCTC reiterated its

---

(35) Government of British Columbia, Ministry of Aboriginal Affairs, *News Release*, "Agreement Reinvigorates Treaty Discussions with Wet'suwet'en," Smithers, B.C., 14 September 1998. The text of this and other documents issued by the provincial Ministry are available online at http://www.aaf.gov.bc.ca/aaf/.

(36) Government of British Columbia, Ministry of Aboriginal Affairs, *News Release*, "Agreement Renews Treaty Discussions with Gitxsan First Nation," Hazelton, B.C., 15 September 1998.

(37) Government of British Columbia, Ministry of Aboriginal Affairs, *News Release*, "Province Releases First Nations Consultation Guidelines for Government Staff," Victoria, 29 September 1998. See *Consultation Guidelines* at Ministry website under *Delgamuukw* heading.

view of the importance of negotiated interim measures agreements as a means of balancing interests pending the conclusion of treaty negotiations, and listed recent agreements. The BCTC also commented on challenges associated with negotiating such agreements on land and resource issues, and the parties' recognition of "the importance of coming to arrangements to deal with [these matters] where they are key to the negotiation of treaties."(38)

- The BCTC also noted that both the Nisga'a Final Agreement and the *Delgamuukw* decision signal the importance of resolving overlapping land claims and reported that a number of First Nations had concluded agreements on boundaries or agreed on a process for resolving overlaps, with other agreements pending. In addition, a 1997 First Nations Summit protocol to assist First Nations to resolve overlaps was being studied, while the parties agreed to include the overlap issue in their tripartite review. The BCTC proposed that agreements in principle be signed only if key guidelines in the area of overlapping claims were followed.(39)
- BCTC Commissioners indicated that no B.C. First Nations had officially left the treaty process since the *Delgamuukw* decision, although several were pursuing litigation concurrently.(40)

December 1998

- Based in part on *Delgamuukw*'s affirmation of the economic aspect of Aboriginal title and its assertion that "fair compensation [would] ordinarily be required" for infringements of title, the AFN Confederacy of Nations adopted a resolution calling on the federal and provincial governments to "adopt new treaty mandates that explicitly recognize that they will negotiate fair compensation for past and present infringements of Aboriginal title as a substantive issue in the B.C. treaty process."(41)

---

(38) British Columbia Treaty Commission, *Newsletter*, "Interim Measures Keep Peace," Vancouver, October 1998.

(39) *Ibid.*, "Overlap Agreements A Must in Treaty Negotiations."

(40) *Ibid.*, "Commissioners Respond to Questions About Treaty Process."

(41) Resolution 72/98 of 9 December 1998.

January 1999

- The Post-*Delgamuukw* Capacity Panel formed in July 1998 submitted its Final Report to the Minister of Indian Affairs and Northern Development.[42] Focusing on means to expedite negotiations in substantive areas, as well as to address the need for capacity building, the Panel recommended, *inter alia*, that governments offer settlements of land, resources and cash more quickly, where the parties agree; that the parties undertake additional analysis of issues such as the staged implementation of treaty benefits, the usefulness of interim measures, and the sharing of benefits flowing from business arrangements; and that the parties study the possibility of reaching agreements on land, resources, cash and aspects of governance, and deferring other, less pressing issues. In a further key proposal, the Panel recommended the "establishment of a 7 - 9 member, First Nation majority, stand-alone committee to review and recommend proposals for capacity building initiatives, and the utilization of an existing delivery system to maximize efficiencies and minimize administrative costs."[43] The Panel declined to outline criteria for the evaluation of proposals for capacity initiatives, because of its view that such criteria would more appropriately be developed by the proposed committee.

February 1999

- In the context of a conference on "*Delgamuukw*: One Year After," the AFN British Columbia Regional Vice-Chief claimed that the Court's decision had not changed the federal and provincial approach to treaty negotiations. In his view, "[i]t's time for aboriginal people to get organized around *Delgamuukw* and around the fact of our title and then the governments will be compelled to deal with us in a meaningful way." Professor Frank Cassidy, who chaired the conference, was also quoted as stating that federal and provincial governments were using treaty negotiations to undercut *Delgamuukw*.[44]

---

(42) The *Post-Delgamuukw Capacity Panel Final Report* is available online *via* the DIAND website.

(43) *Ibid.*, Executive Summary.

(44) Ian Dutton, "B.C. Ignoring Court, Natives Say: Negotiators Don't Recognize Title Despite Delgamuukw, Leader Charges," Victoria *Times Colonist*, 19 February 1999, p. A3.

- Following a joint meeting to discuss outstanding issues associated with the *Delgamuukw* decision, DIAND and the AFN "agreed that the *Delgamuukw* policy review process would be ongoing and inclusive."[45]

March 1999

- The British Columbia Supreme Court ruled on the question of whether the Crown's "moral" obligation to negotiate treaties in good faith, affirmed by the Chief Justice in *Delgamuukw*, was also a legal obligation. The case against Canada and B.C. by the Gitanyow First Nation,[46] which had been engaged in treaty negotiations since 1993, had been initiated in the context of the imminent conclusion of the Nisga'a Final Agreement, which recognizes as Nisga'a territory portions of the territory in the Nass watershed that are claimed by the Gitanyow.[47] The Court held that, while the federal and provincial Crowns were not under an obligation to enter into treaty negotiations with the Gitanyow, as they had done so their fiduciary obligations toward Aboriginal peoples resulted in "a duty to negotiate in good faith" that was binding on all Crown representatives.[48] The Gitanyow case raised the overlap issue that affects many claims in British Columbia, as underscored by the BCTC. In deciding a preliminary procedural matter in the case, the Supreme Court judge noted that "myriad Court applications seem inevitable unless the treaty negotiation process deals with overlapping claims." In his view, "if the parties fail to deal with [this] conspicuous problem, they may well face Court imposed settlements which are less likely to be acceptable to them than negotiated settlements."

---

(45) "Delgamuukw National Process," *Backgrounder*, undated, available online *via* the AFN web site under "Links."

(46) The Gitanyow are culturally Gitxsan.

(47) The Gitanyow sought declarations (1) that in undertaking to negotiate a treaty with the Gitanyow, and in proceeding with those treaty negotiations, the federal and provincial Crowns are obliged to negotiate in good faith and to make every reasonable effort to conclude and sign a treaty with the Gitanyow, and (2) that for the federal and provincial Crowns to conclude a treaty with the Nisga'a "or to allow the designation for any purpose related to the Nisga'a Treaty over lands and resources in respect of which Gitanyow, Canada and British Columbia are involved in a treaty process until treaty negotiations with the Gitanyow are concluded" would be contrary to the Crown's duty to negotiate in good faith, significantly undermine the Gitanyow claim to "overlapping" territory in the Nass Valley and nullify the Gitanyow treaty process. The Gitxsan and Tahltan First Nations also claim territory in the Nass watershed.

(48) *Gitanyow First Nation* v. *Canada*, [1999] 3 C.N.L.R. 89, par. 70-75.

April 1999

- Canada and British Columbia appealed the Gitnayow ruling on the basis, *inter alia*, that subjecting the treaty process to court supervision could turn negotiations into an avenue for litigation.
- The federal Minister of Indian Affairs announced a three-year, $15-million investment to finance initiatives for enhancing the capacity of British Columbia First Nations to take part in land and resource management negotiations and consultations. British Columbia also committed $2 million for the 1999-2000 fiscal year. In keeping with the recommendation of the Post-*Delgamuukw* Capacity Panel, a nine-person Capacity Initiative Council (CIC) was also formed. Composed of a majority of First Nations representatives, together with representatives from business and the labour sector, the CIC is to assess project proposals and recommend funding allocations, based on guidelines it establishes for defining the criteria and conditions that determine eligibility for funding. Any B.C. First Nation with an unresolved land claim may respond to the CIC's call for proposals, whether or not it is involved in the BCTC process. Capacity enhancement proposals to be considered for funding may pertain to individuals, institutions, or businesses.(49)
- Canada, British Columbia and the Sechelt Indian Band signed the first Agreement-in-Principle (AIP) to be reached under the BCTC process.(50)

May 1999

- At a Fraser Institute conference on "The *Delgamuukw* case: Aboriginal Land Claims and Canada's Regions," academics, politicians and Aboriginal leaders expressed a range of opinion on the present and potential impacts of the Court's ruling.(51) For example, while participants generally agreed that British Columbia remained the region most directly affected by the decision, the possibility that it might enable non-B.C. First Nations to re-negotiate existing land surrender treaties was also raised. The ruling was variously characterized as "an invaluable lever" for Quebec's Aboriginal communities, as having

---

(49) Department of Indian Affairs and Northern Development, *News Release*, "Canada Invests $15 Million to Enhance First Nations' Capacity to Participate in Land and Resource Negotiations and Consultations," Vancouver, 15 April 1999; *Backgrounder*, "British Columbia Capacity Initiative," 15 April 1999; Federal Treaty Negotiation Office, "$15 million invested in B.C. Capacity Initiative," *Treaty News*, June 1999, available online at http://www.inac.gc.ca/pubs/treaty/june99/invest.html.

(50) A summary of the Sechelt AIP is available online *via* the DIAND or provincial Ministry website.

(51) Conference information may be found at http://www.fraserinstitute.ca/.

created an unworkable regime for reconciling economic development and Aboriginal rights in British Columbia, as a victory for Aboriginal people, and as a "recipe for bureaucratic paralysis." Other views advanced included a proposal that federal legislation be enacted that would "come very close" to extinguishing Aboriginal title, as long as compensation was provided. It was also argued that *Delgamuukw* had not destroyed British Columbia's ability to govern, since the decision enables governments to infringe Aboriginal title.(52)

June 1999

- The Gitanyow and the federal and provincial governments agreed to resume active treaty negotiations on an accelerated basis and to place in abeyance the second question raised by the Gitanyow case against the federal and provincial Crowns: whether the signing of the Nisga'a Final Agreement was contrary to the Crown's duty to negotiate in good faith with the Gitanyow in light of their overlapping claim.(53)
- Lack of consultation with the affected Klahoose First Nation led to the withdrawal of a Sunshine Coast forestry development plan by the British Columbia Ministry of Forests and International Forest Products Ltd., and to their agreement not to log the area in question for a minimum five-year period. The Ministry further agreed to consult the Klahoose on future forestry management decisions. Acknowledging that the Ministry is responsible for ensuring that Aboriginal peoples are consulted on development issues involving their traditional territories, a forestry official noted that First Nations have varying expectations with respect to the *Delgamuukw* consultation requirement, and that it is not simple for the Ministry to ensure that all its legal obligations are met.(54)

---

(52) Peter O'Neil, "Delgamuukw Decision 'to Have Wide Fallout' on Native Claims: The Ruling on a B.C. Aboriginal Land Action Is Strengthening Rights Elsewhere, Experts Say," *Vancouver Sun*, 27 May 1999, p. A4; "Delgamuukw Decision 'an Unworkable Regime': A B.C. Liberal MLA Says the Ruling Has Created a Flawed System in Trying to Reconcile Aboriginal Rights and Economic Projects," *Vancouver Sun*, 28 May 1999, p. A6.

(53) Subsequent developments are outlined under November 1999.

(54) The scope of the *Delgamuukw* consultation requirement has been and continues to be raised in numerous court cases; see, for example, *Kitkatla Band* v. *British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [1999] 1 C.N.L.R. 72 (B.C.S.C.), in which the Court found the duty to consult had not been met, reversed on other grounds in *Kitkatla Band* v. *British Columbia (Small Business, Tourism and Culture)*, File Nos. VO3364 and V03385, 19 January 2000 (B.C.C.A.); *Chief Councillor Alice Munro* v. *British Columbia (Minister of Forests) et al.*, File No. A981672, 9 July 1998 (B.C.S.C.); *Halfway River First Nation* v. *British Columbia (Ministry of Forests)*, File Nos. CA023526 and CA023539, 12 August 1999 (B.C.C.A.), affirming [1997] 4 C.N.L.R 45 (B.C.S.C.).

- The BCTC Annual Report, noting that the full impact of *Delgamuukw* is not yet known, commented that "[o]ne result of the decision is enough uncertainty on all sides to make treaty negotiations a more attractive option than litigation." In this respect, it reported that recommendations developed through the tripartite review process were under consideration, and described the focus of the review as being

> to find ways to accelerate negotiations around land, resources, cash and the financial components of treaties. First Nations who are borrowing large sums of money to finance their treaty talks have become frustrated. As negotiations drag on, they see the resources in their territories being depleted or alienated and they fear there will be little left with which to meet their treaty expectations. They are seeking assurance that treaties will leave them better off than they are now. *Delgamuukw* and its confirmation of aboriginal title heightened First Nations' expectations that their concerns would be addressed. Resolving issues around land and resources sooner rather than later will restore confidence in the treaty process.

The BCTC further observed that *Delgamuukw* made it clear that a single cash payment to individual Aboriginal people is not an option for resolving treaty issues, because Aboriginal title is held by groups, not individuals. Therefore governments must settle claims with First Nations that hold title, rather than with First Nation members.[55]

- The Report commented that a "statement of mutual recognition" might satisfy, at least in part, *Delgamuukw*'s clear directive that treaty negotiations must reconcile Aboriginal title with Crown title, and noted that a joint statement by Canada, British Columbia and the First Nations Summit was expected. The BCTC again stressed that the need for effective interim measures underscored in *Delgamuukw* "has become more pressing."[56] It predicted that an anticipated interim measure cost-sharing agreement between the provincial and federal governments would "ease the way to treaties" for First Nations, and protect their interests pending the conclusion of treaties.[57]

---

(55) British Columbia Treaty Commission, *Annual Report 1999*, "The Legal and Political Landscape after Delgamuukw," Vancouver, June 1999.

(56) *Ibid.*

(57) British Columbia Treaty Commission, *News Release*, "Several Treaties with First Nations within Reach, Says Treaty Commission Annual Report Card," Vancouver, 24 June 1999.

- The BCTC underscored First Nations' need for "adequate funding to negotiate on an equal footing with Canada and British Columbia," and further observed that "[t]he increase in First Nations in Stage 4 [37 B.C. First Nations were then in AIP negotiations] and the shrinking total budget, has resulted in significantly decreased allocations." Forecasting that $38.4 million would be required to support First Nations' negotiations during the 2000-01 fiscal year, the BCTC said it had "informed Canada and BC that, without more funding, many First Nation treaty offices and research efforts will falter. Even those First Nations nearing completion of agreements in principle or otherwise making progress in negotiations will find it difficult if not impossible to sustain the pace of negotiations."(58)
- The survey of B.C. First Nations in the BCTC process indicated that negotiations with the Wet'suwet'en Nation were proceeding, while the Gitxsan had not yet resumed tripartite negotiations.(59)
- Reactions to the BCTC's Annual Report were mixed. Leaders of the First Nations Summit welcomed the Report's findings related to the need for increased funding to support negotiation and improved interim measures, and requested a meeting with the federal Minister of Indian Affairs and the provincial Minister of Aboriginal Affairs to discuss these issues.(60) The President of the Union of B.C. Indian Chiefs reportedly stated that 45% of the province's Aboriginal people disagree with the treaty process, which he described as leading to extinguishment of title and greater economic uncertainty for First Nations. In his view, the *Delgamuukw* ruling clearly recognized the existence of Aboriginal peoples' legal interest in and title to B.C. land and resources.(61)

July 1999

- The Capacity Initiative Council established in April 1999 approved 74 of 167 applications for funding in fiscal year 1999-2000. The successful proposals, which are eligible for

---

(58) British Columbia Treaty Commission, *Annual Report 1999*, "Negotiation Funding Inadequate."

(59) *Ibid.*, "First Nations in Stage 4."

(60) "First Nations Summit Urges Governments to Implement Recommendations Contained within the 1999 BC Treaty Commission Annual Report," Canada News-Wire, Vancouver, 25 June 1999.

(61) "Smooth Road Expected for Aboriginal Treaties," *Regina Leader-Post*, 25 June 1999, p. C9. The positions of the UBCIC on Aboriginal Title and Rights and related issues are available online at: http://www.ubcic.bc.ca/publications.htm

funding at the same levels over the following fiscal year, were allocated various amounts up to $75,000, with a total commitment of $5 million. The moneys were to be distributed monthly as of October 1999, contingent upon the recipients' meeting accountability requirements through regular reports. Many of the approved projects fall under the heading of land and resource management, and are designed to build capacity for post-treaty management, as well as to enable First Nations to deal better with current consultation matters.(62)

- The AFN General Assembly resolved to initiate the "*Delgamuukw* Implementation Process" to "review the 1986 federal Comprehensive Claims policy with a view to developing an alternative approach which is based on recognition of Aboriginal title consistent with the *Delgamuukw* decision." The resolution was based, in part, on the AFN's view that the "Government of Canada refuses to change the Comprehensive Claims policy to recognize Aboriginal title in conformity with the *Delgamuukw* case," but rather "continues to use the AFN/DIAND National *Delgamuukw* Review as an excuse for not changing its Comprehensive Claims policy," As a result, the review "has become prejudicial for those First Nations who assert Aboriginal title and who want the *Delgamuukw* decision implemented."(63)

September 1999

- A B.C. Chiefs' Report, released concurrently with a meeting of the First Nations Summit, called on Aboriginal leaders to begin considering alternatives to the B.C. treaty process in light of disagreement between Aboriginal and government parties on issues of compensation and Aboriginal title.(64)
- Following unsuccessful negotiations to obtain a provincial logging permit, members of the Westbank First Nation carried out unlicensed logging on Crown lands to which it claims title in south-central British Columbia. This initiative was seen by some as the tip of the iceberg

---

(62) Federal Treaty Negotiation Office, "First Nations Receive Funds to Improve Lands and Resources Capacity," *Treaty News*, November 1999, available online at http://www.inac.gc.ca/pubs/treaty/nov99/funds.html

(63) Resolution 5/99, 22 July 1999.

(64) Kim Pemberton, "Immediate Benefits Planned for Natives," *Vancouver Sun*, 16 September 1999, p. A10.

of Aboriginal dissatisfaction with the province's perceived failure to address the implications of the *Delgamuukw* decision.(65) In an unprecedented alliance, both the Union of British Columbia Indian Chiefs and the First Nations Summit endorsed Westbank logging activities,(66) as did numerous other local, regional and national Aboriginal groups.(67) First Nations in various parts of the province declared intentions to follow the Westbank example; some, citing *Delgamuukw*, did so. The province petitioned the British Columbia Supreme Court for orders directing Westbank loggers to comply with a stop-work order issued by the Minister of Forests but, on 28 September, the Court ruled that a court would first have to deal with conflicting issues of Aboriginal and Crown title. At the Court's request, the Westbank First Nation voluntarily ceased logging activity. The province sought leave to appeal the ruling.(68)

- The B. C. Cabinet approved "Treaty-Related Measures" to "revitalize the existing B.C. treaty process and ensure [Canada] contributes its fair share to making treaty negotiations work." It called on the federal government to follow suit and finalize cost-sharing arrangements. Government documentation suggested that "Treaty-Related Measures" might advance the

---

(65) For example, it was also reported that the Gitxsan, likening their situation to that of the Westbank, planned to go to court to argue their right to cut timber, based on *Delgamuukw* principles. In March 1999, the Forest Appeals Board had ruled, in relation to a 1995 charge of trespassing on Crown land to log and a substantial fine, that the Forests Ministry had failed to take into account the rights of the Gitxsan: "Gitxsan to Court in Dispute on Logging," *Vancouver Province*, 10 September 1999, p. A29.

(66) "First Nations Summit Passes Unanimous Resolution in Support of Westbank First Nation," Canada News-Wire, 15 September 1999.

(67) Prominent among these was the Carrier Sekani Tribal Council, whose Chiefs were engaged in seeking to prevent major forestry companies from transferring into their traditional territory in the absence of interim forestry measures that would protect their interests prior to an eventual treaty settlement. In their view, *Delgamuukw* confirmed their title to the forest resource, and "they will not sit by while their members remain unemployed and they go into debt negotiating for empty lands": Carrier Sekani Tribal Council, *News Release*, "CSTC Supports Westbank First Nation's Title to Their Forests," Prince George, 29 September 1999.

(68) Chuck Poulsen, "Both Sides in Logging Dispute Hope for Solution," *Kelowna Daily Courier*, 22 September 1999; "Court Weighs Logging Dispute," *Brantford Expositor*, 24 September 1999, p. A9; Kim Pemberton, "Court Turns Down Victoria Bid to Stop Westbank Logging," *Vancouver Sun*, 28 September 1999, p. A4; Suzanne Fournier, "Westbank Nation Logs Key Victory: Judge Refuses to Halt Timber Cutting on Land in Dispute," *Vancouver Province*, 28 September 1999, p. A11; "Westbank Band Scores Court Victory," *Victoria Times Colonist*, 28 September 1999, p. A1; Kim Pemberton, "Province Appeals Logging-Ban Ruling: A Judge Refuses to Grant a Request to Force an End to Cutting, but the Westbank Band Stops Voluntarily," *Vancouver Sun*, 29 September 1999, p. B8.

treaty process more effectively than the interim measures policy for which the province had assumed the full cost. It described the measures as "designed to help expedite treaty negotiations. They also help the province meet its legal obligations arising from *Delgamuukw* and related court cases, resolve conflicts over land and resource use, and facilitate economic development. They could also include land and resource protection."(69) At least some B.C. Aboriginal leaders viewed the announced measures as unlikely to renew the treaty process.(70)

October 1999

- B.C. Interior First Nations leaders planned to travel to the United States and Europe to argue for a boycott of B.C. forest products that are, they allege, illegally taken from Aboriginal lands. A Council of Forest Industries spokesperson acknowledged that such a boycott threatened the industry.(71)
- The First Nations Summit convened an extraordinary special assembly to address B.C. First Nations' disappointment with treaty negotiations and perceived lack of commitment to the treaty process on the part of both levels of government. Grand Chief Edward John described the negotiation process as at a "crossroads." In his view, "[t]he governments continue to come to the ... table with unilateral preconditions that are clearly unacceptable ... and it flies in the face of the principles of good faith negotiations."(72)
- At the special assembly, the B.C. Minister of Aboriginal Affairs announced that treaty-related measures would include:

  - a commitment to table agreement-in-principle offers expeditiously;
  - a provincial contribution of $20 million towards a Treaty-Related Measures fund, cost-shared 50-50 with the federal government;

---

(69) Government of British Columbia, Ministry of Aboriginal Affairs, *News Release*, "Cabinet Approves Measures to Revitalize Treaty Negotiations," Victoria, 29 September 1999.

(70) Suzanne Fournier, "B.C. Resources Overture Brushed Off by Natives," *Vancouver Province*, 1 October 1999, p. A44.

(71) "B.C. Chiefs Seek Lumber Boycott Abroad: Leaders of Three Interior Bands Are Going to Washington, New York and Geneva in a Bid Launch an International Campaign against the Purchase of B.C. Wood...," *Vancouver Sun*, 21 October 1999, p. B7.

(72) British Columbia Treaty Commission, *Newsletter*, "Changes to Treaty Process May Spur Negotiations," Vancouver, November 1999.

- a willingness to resume discussions with the First Nations Summit on the issue of achieving certainty through treaty settlements;
- a commitment to listen to First Nations views on revenue sharing, co-management and compensation; and
- an invitation to First Nations and the forest industry to discuss the establishment of a First Nations steering committee on access to timber.(73)

Addressing the issue of compensation, the Minister acknowledged First Nations' belief that treaties "are intended as settlements of past claims," and stated the province's willingness to discuss the issue with the other parties to negotiations.(74)

- Following the assembly, the First Nations Summit remained critical of both levels of government, citing the issue of compensation(75) and the ongoing alienation of traditional lands and resources. The BCTC Chief Commissioner remarked that the First Nations in attendance had not voted to suspend the treaty process, suggesting that they were not prepared to leave a process it had taken so long to obtain. He noted that "[a]fter *Delgamuukw*, the parties agreed to make changes to invigorate the treaty process. Those changes will affect treaty negotiations in the coming months and test the political will of the parties. It is too early to tell if those changes will be sufficient to bring about agreements."(76)

November 1999

- The British Columbia Supreme Court granted the petition of the Minister of Forests for interlocutory relief to prevent a number of First Nations from continuing to log on Crown land, pending determination of their claim to Aboriginal title and a right to log.(77) In a related case, the Court ordered that the dispute between the provincial Ministry of Forests and the Westbank First Nation be sent to trial on an expedited basis rather than being dealt

---

(73) Government of British Columbia, Ministry of Aboriginal Affairs, *News Release*, "Treaty Measures Offer Resource Opportunities for First Nations," North Vancouver, 29 October 1999.

(74) Honourable Dale Lovick, Speech to First Nations Summit, North Vancouver, 29 October 1999.

(75) The First Nations Summit has identified compensation as a key issue in treaty negotiations, and has cited governments' lack of willingness to discuss it as a negotiation item as one of the reasons underlying the lack of progress in the treaty process: see British Columbia Treaty Commission, *Newsletter*, "Compensation a Key Issue in Negotiations," Vancouver, November 1999.

(76) British Columbia Treaty Commission, *Newsletter*, note 72.

(77) *British Columbia (Minister of Forests)* v. *Okanagan Indian Band*, [1999] B.C.J. No. 2545 (Q.L.), 12 November 1999.

with by way of summary hearing. In the judge's view, a trial was necessary owing to the complexity of issues of accommodation and justification described in *Delgamuukw* that also arose in this case. Furthermore, "[t]he question of the [First Nation's] title is not uncontested. It is clear ... that the [Crown] is not prepared ... to concede that the [First Nation has] title or rights over the area claimed and will challenge such claims."(78)

- The BCTC reported that the federal and provincial governments had agreed to the following statement on Aboriginal and Crown title:

> The parties agree to the negotiation of treaties respecting the following principles:
>
> 1. The parties recognize that Aboriginal title exists as a right protected under section 35 of the *Constitution Act, 1982*.
> 2. Where Aboriginal title exists in British Columbia, it is a legal interest in the land and is a burden on Crown title.
> 3. Aboriginal title must be understood from both the common law and Aboriginal perspective.
> 4. As acknowledged by the Supreme Court of Canada, Aboriginal people derive their Aboriginal title from their historic occupation, use and possession of their tribal lands.
> 5. The parties agree that it is in their best interest that Aboriginal and Crown interests be reconciled through honourable, respectful and good faith negotiations.(79)

---

(78) *British Columbia (Minister of Forests)* v. *Westbank First Nation*, File No. 46440, 12 November 1999.

(79) British Columbia Treaty Commission, "The Treaty Commission's Role in the Review," *After Delgamuukw: The Legal and Political Landscape*, Vancouver, November 1999.

Étude générale BP-459F

TITRE ABORIGÈNE : LA DÉCISION DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA DANS *DELGAMUUKW* c. *COLOMBIE-BRITANNIQUE*

Mary C. Hurley
Division du droit et du gouvernement

Janvier 1998
Révisé en février 2000

Bibliothèque du Parlement
Library of Parliament

Direction de la recherche parlementaire

La Direction de la recherche parlementaire de la Bibliothèque du Parlement travaille exclusivement pour le Parlement, effectuant des recherches et fournissant des informations aux parlementaires et aux comités du Sénat et de la Chambre des communes. Entre autres services non partisans, elle assure la rédaction de rapports, de documents de travail et de bulletins d'actualité. Les attachés de recherche peuvent en outre donner des consultations dans leurs domaines de compétence.

THIS DOCUMENT IS ALSO PUBLISHED IN ENGLISH

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

TABLE DES MATIÈRES

PAGE

INTRODUCTION 1

CONTEXTE 1

A. Définitions du titre aborigène avant l'arrêt *Delgamuukw* 1
B. Interprétation de l'article 35 3

LES INSTANCES PRÉCÉDENTES 4

A. La revendication 4

B. Les tribunaux de la Colombie-Britannique 5
1. La décision en première instance 5
2. La décision en appel 6

C. La négociation d'un traité 7

DELGAMUUKW c. *COLOMBIE-BRITANNIQUE* 8

A. Questions préliminaires commandant un nouveau procès (par. 73-108) 8

B. Le titre aborigène au Canada (par. 109-139) 9
1. Caractéristiques du titre aborigène (par. 112-115) 10
2. Contenu du titre aborigène (par. 116-132) 10
a. Comprend le droit à l'utilisation/occupation exclusive du territoire à diverses fins (par. 116-124) 10
b. L'utilisation doit être compatible avec la nature de l'attachement pour les terres (par. 125-132) 11
3. Le titre aborigène et l'article 35 (par. 133-139) 12

C. Preuve de l'existence d'un titre aborigène (par. 140-159) 12
1. Le territoire doit avoir été occupé avant l'affirmation de la souveraineté (par. 144-151) 13
a. La période pertinente (par. 144-145) 13
b. L'occupation (par. 146-151) 13
2. Dans certains cas, il doit y avoir une continuité entre l'occupation actuelle et celle antérieure à l'affirmation de la souveraineté (par. 152-154) 14
3. L'occupation doit avoir été exclusive au moment de l'affirmation de la souveraineté (par. 155-159) 14

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

PAGE

D. Justification des atteintes au titre aborigène (par. 160-169) 15
1. Principes généraux (par. 160-164) 15
a. L'atteinte doit se rapporter à la poursuite d'un objectif législatif impérieux et réel (par. 161) 15
b. L'atteinte doit être compatible avec le rapport de fiduciaire (par. 162-164) 15
2. Application au titre aborigène (par. 165-169) 15
a. Un large éventail d'objectifs législatifs peut justifier une atteinte (par. 165) 15
b. La nature de l'obligation fiduciaire est fonction de la nature du titre (par. 166-169) 16

E. Le droit à l'autonomie gouvernementale (par. 170-71) 17

F. Le pourvoi incident de la Colombie-Britannique (par. 172-183) 17

G. Conclusion et dispositif (par. 184-186) 18

COMMENTAIRE 18

CHRONOLOGIE 19

CANADA

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

TITRE ABORIGÈNE : LA DÉCISION DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA DANS *DELGAMUUKW* c. *COLOMBIE-BRITANNIQUE*

INTRODUCTION

En décembre 1997, la Cour suprême du Canada a rendu une décision innovatrice, renfermant sa première déclaration décisive sur le contenu du titre aborigène au Canada. Dans l'arrêt *Delgamuukw* c. *Colombie-Britannique*[1], elle décrit la portée de la protection accordée au titre aborigène par le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, définit la façon dont le titre aborigène peut être établi et expose les critères justifiant toute atteinte à un titre aborigène.

Dans ce document, nous examinons sommairement certaines conclusions de la Cour suprême à ce sujet, qui nous paraissent dignes de mention. Notre examen est précédé de renseignements généraux sur le titre aborigène en common law et sur les droits ancestraux constitutionnalisés au paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, puisque les deux concepts se rejoignent dans l'arrêt *Delgamuukw*. Les jugements antérieurs des tribunaux de la Colombie-Britannique sont aussi exposés succinctement.

CONTEXTE

A. Définitions du titre aborigène avant l'arrêt *Delgamuukw*

Depuis de nombreuses années, les tribunaux britanniques et canadiens cherchent à définir la nature de l'intérêt juridique des peuples autochtones du Canada dans les terres. Suivant les principes généraux établis depuis longtemps par la jurisprudence, le droit des Autochtones sur les terres ne peut être cédé ou aliéné qu'à la Couronne fédérale, après quoi il peut être transmis à la Couronne provinciale (à supposer une cession en dehors des territoires) comme titre de la Couronne libre de toutes charges.

---

(1) [1997] 3 R.C.S. 1010.

Au début des années 1970, les tribunaux ont commencé à reconnaître aux Autochtones l'existence en common law de droits sur le territoire autres que ceux garantis par traités ou par la loi. En particulier, dans l'arrêt *Calder* c. *Procureur général de la Colombie-Britannique*[2] rendu en 1973, la Cour suprême du Canada (ci-après la Cour) a statué que le « titre indien »[3] est un droit juridique indépendant de toute disposition législative et qu'il prend sa source dans « l'occupation, la possession et l'usage » historiques des territoires traditionnels par les peuples autochtones. En tant que tel, le titre existait à l'époque du premier contact avec les Européens, que ceux-ci l'aient reconnu ou non.

Bien que certains arrêts ultérieurs aient donné quelques indications sur la façon d'établir l'existence de ce titre aborigène en common law[4], ils étaient loin d'être instructifs sur la portée ou sur le contenu du titre. Dans l'arrêt *Guerin* c. *La Reine*[5] de 1984, quatre juges de la Cour l'ont décrit comme étant un droit foncier unique qui « se distingue surtout par son inaliénabilité et par le fait que Sa Majesté est tenue d'administrer les terres pour le compte des Indiens lorsqu'il y a eu cession de ce droit ». Dans son arrêt de 1988 *Canadien Pacifique Ltée* c. *Paul*[6], la Cour a affirmé que son analyse des titres indiens jusqu'à maintenant menait à la « conclusion inéluctable [...] que les Indiens ont un véritable droit *sui généris* [unique en son genre] sur leurs terres. Il s'agit de quelque chose de plus qu'un droit de jouissance et d'occupation, bien que, [...] il soit difficile de décrire ce en quoi consiste ce quelque chose de plus au moyen de la terminologie traditionnelle du droit des biens ».

---

(2) [1973] R.C.S. 313.

(3) Il y a relativement peu de temps que les tribunaux ont cessé d'employer le terme « Indien » — qui figure au paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et dans la *Loi sur les Indiens* — tant comme sujet que comme descripteur, pour le remplacer par les expressions au sens plus large de « peuple(s) autochtone(s) » et d'« Autochtone ». Le terme « Autochtone » qualifie les premiers habitants d'un territoire. L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* définit « peuples autochtones du Canada » comme incluant notamment les Indiens, les Inuits et les Métis.

(4) Voir en particulier la décision de la Cour fédérale du Canada (Section de première instance) dans *Baker Lake* c. *Ministre des Affaires indiennes*, dans laquelle sont énoncés des critères cumulatifs relativement au titre aborigène : [1980] 1 C.F. 518 et [1981] 1 C.F. 266 pour d'autres motifs.

(5) [1984] 2 R.C.S. 335.

(6) [1988] 2 R.C.S. 654.

B. Interprétation de l'article 35

La constitutionnalisation des droits des Autochtones au paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* a créé un nouveau cadre juridique pour régler les revendications autochtones de longue date, y compris les revendications de titre aborigène. Comme cette disposition reconnaît et affirme, mais sans les définir, les « droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada », il incombe aux tribunaux de déterminer la nature et la portée de ces droits[7].

Avant l'arrêt *Delgamuukw*, les décisions de la Cour concernant les droits ancestraux garantis par l'article 35 portaient surtout sur les droits de pêche. Entre autres principes d'interprétation généraux énoncés dans l'arrêt innovateur de 1990, *Sparrow* c. *R.*[8], et raffinés dans les jugements ultérieurs jusqu'en 1996[9], il y avait les suivants :

- Le paragraphe 35(1) a pour objet de reconnaître que les peuples autochtones occupaient l'Amérique du Nord avant la colonisation et de concilier leur présence antérieure avec l'affirmation de la souveraineté de la Couronne.

- Le terme « existants » au paragraphe 35(1) renvoie aux droits « non éteints » en 1982, c.-à-d. ceux qui n'ont pas été abolis.

- Les droits garantis par le paragraphe 35(1) peuvent restreindre l'application des règles de droit fédérales et provinciales aux peuples autochtones, mais ils n'échappent pas à l'application des règlements pris par les gouvernements.

- La Couronne doit justifier toute atteinte législative à un droit ancestral existant.

---

(7) Dans deux publications de la Direction de la recherche parlementaire de la Bibliothèque du Parlement, l'auteur, Jane May Allain, procède à une analyse bien plus exhaustive des questions entourant les droits des Autochtones : *Les droits des autochtones*, Bulletin d'actualité 89-11F et *Les droits de pêche ancestraux : arrêts de la Cour suprême du Canada*, Étude générale 428F, octobre 1996.

(8) [1990] 1 R.C.S. 1075.

(9) Il y a notamment la « trilogie » des décisions sur les droits de pêche commerciaux en Colombie-Britannique (*R.* c. *Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R.* c. *N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672 et *R.* c. *Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723) ainsi que des arrêts portant sur les droits de pêche au Québec (*R.* c. *Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139 et *R.* c. *Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101).

- Les droits ancestraux peuvent être définis comme des droits découlant des coutumes, pratiques et traditions qui étaient capitales pour les sociétés autochtones d'Amérique du Nord avant le premier contact avec les Européens.

- Pour être considérées comme des droits ancestraux, ces pratiques et traditions doivent — même si elles ont évolué vers une forme moderne — avoir fait partie intégrante de la culture autochtone distinctive.

- La protection des droits ancestraux par le paragraphe 35(1) ne dépend pas de l'existence d'un titre aborigène ni de la reconnaissance de ces droits, après le premier contact, par les puissances coloniales.

- Le titre aborigène est un type distinct de droit ancestral.

- La revendication de l'autonomie gouvernementale est assujettie au même cadre d'analyse que les revendications des autres droits ancestraux[10].

- Les causes portant sur les droits ancestraux doivent être jugées par l'application des principes aux faits de l'espèce plutôt que de manière générale.

- Dans les causes portant sur des droits ancestraux, les tribunaux devraient aborder les règles de preuve et interpréter la preuve produite en tenant compte de la nature particulière des revendications autochtones et de la difficulté de faire la preuve d'un ou de plusieurs droits ayant pris naissance à une époque où il n'y avait pas de documents écrits.

Comme nous l'expliquons ci-après, les questions foncières soulevées dans l'affaire *Delgamuukw* ont permis à la Cour d'appliquer ces principes et de les adapter au titre aborigène comme « espèce distincte » de droit ancestral constitutionnel.

LES INSTANCES PRÉCÉDENTES

A. La revendication

En 1984, des chefs héréditaires, 35 Gitksan et 13 Wet'suwet'en, ont intenté des poursuites contre la province de la Colombie-Britannique. Ils revendiquaient, tant en leur propre nom qu'au nom de leurs « maisons » respectives, la propriété (un titre aborigène non éteint) et la compétence qui en découle (le droit de se gouverner en vertu des lois autochtones) sur des parties

---

(10) Voir *R.* c. *Pamajewon,* [1996] 2 R.C.S. 821, une cause qui soulève des questions d'autonomie gouvernementale relativement aux jeux de hasard à gros enjeux.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

distinctes d'un territoire de 58 000 kilomètres carrés situé dans le nord-ouest de la Colombie-Britannique. Les demandeurs ont reconnu le titre sous-jacent de la Couronne sur ce territoire, mais en affirmant que leurs revendications grevaient ce titre. Subsidiairement, les demandeurs ont prétendu avoir des droits ancestraux indéterminés à l'utilisation du territoire. Ils exigeaient aussi des dommages-intérêts pour les territoires et les ressources perdus.

La province a présenté une demande reconventionnelle, plaidant que les demandeurs n'avaient aucun droit ni intérêt sur le territoire et que leur demande d'indemnité devrait être adressée au gouvernement fédéral.

B. Les tribunaux de la Colombie-Britannique

1. La décision en première instance

En mars 1991, le juge en chef McEachern de la Cour suprême de Colombie-Britannique a rendu un jugement[11] exhaustif et extrêmement controversé, dans lequel il rejetait la revendication par les demandeurs d'un titre aborigène, de l'autonomie gouvernementale et des droits ancestraux sur le territoire en litige. Voici l'essentiel de cette décision de 400 pages :

- le concept de titre est interchangeable avec celui des droits ancestraux, qui est caractérisé comme étant limité aux droits « découlant de l'occupation ou de l'utilisation ancienne du territoire pour chasser, pêcher, prendre du gibier, du bois, des baies et d'autres aliments et matériaux pour la subsistance et, de façon générale, pour utiliser le territoire de la manière dont leurs ancêtres l'utilisaient »;

- avant la *Loi constitutionnelle de 1982*, l'existence de tous les droits ancestraux dépendait du bon plaisir de la Couronne et ces droits pouvaient être éteints à volonté, à condition que l'intention de le faire soit claire;

- des textes de loi antérieurs à la Confédération ont éteint les droits ancestraux (titre aborigène) sur le territoire revendiqué et non cédé qui est en litige, en démontrant l'intention de conférer aux colons des titres libres de toute charge, ce qui est incompatible avec le maintien des droits ancestraux;

- les récits oraux présentés par les appelants comme éléments de preuve de leur attachement au territoire n'ont pas beaucoup de poids;

---

(11) (1991), 79 D.L.R. (4th) 185.

- le titre foncier a été dévolu à la Couronne impériale lorsqu'elle a affirmé sa souveraineté sur la colonie continentale de la Colombie-Britannique au début ou au milieu du XIX[e] siècle et, de toute façon, après le contact avec les Européens, avant même cette affirmation, les ancêtres des demandeurs n'avaient pas exercé leur autorité sur le territoire;

- depuis son adhésion à la Confédération en 1871, la province de la Colombie-Britannique détenait le titre sur le sol de la province, le droit de disposer des terres publiques grevées d'aucun titre aborigène, et le droit de gouverner la province aux termes de l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*;

- la Couronne provinciale avait l'obligation de fiduciaire de permettre aux demandeurs, sous réserve des lois d'application générale de la province, d'utiliser les terres publiques inoccupées pour leur subsistance jusqu'à ce que le territoire en question soit affecté à une autre fin; elle avait aussi l'obligation de ne pas restreindre arbitrairement cette utilisation;

- la demande reconventionnelle de la province est rejetée[(12)].

D'après le raisonnement du juge McEachern, le titre aborigène et le droit ancestral à l'autonomie gouvernementale revendiqués par les demandeurs avaient été effacés plus d'un siècle auparavant et, de ce fait, ne pouvaient plus être qualifiés de droits « existants » en vertu du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Sa décision a été considérée par beaucoup de gens comme allant à l'encontre des arrêts de la Cour suprême du Canada traitant des droits ancestraux et des droits issus de traités, et certains ont critiqué son parti pris apparent tant dans son ton que dans sa méthode d'analyse [(13)].

2. La décision en appel

La portée des conclusions négatives du juge de première instance a été quelque peu atténuée par la décision de la Cour d'appel de Colombie-Britannique[(14)] rendue en juin 1993. Les cinq juges y ont rejeté à l'unanimité la conclusion du juge McEachern selon laquelle il y avait eu extinction générale de tous les droits ancestraux des demandeurs par des textes de loi

---

(12) L'action contre la Couronne fédérale, qui s'était jointe à la défenderesse pour des raisons de procédure, a aussi été rejetée.

(13) Pour une analyse exhaustive des motifs de la décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, voir la publication de la Direction de recherche parlementaire de la Bibliothèque du Parlement, rédigée par Wendy Moss et intitulée *Les droits de propriété autochtones en Colombie-Britannique (Delgamuukw* c. *La Reine)*, Étude générale 258F, mai 1991.

(14) (1993), 104 D.L.R. (4th) 470.

coloniaux et provinciaux[15], mais ils ne s'entendaient pas sur les autres éléments de son jugement.

Au bout du compte, trois des cinq juges de la Cour d'appel ont accueilli l'appel uniquement sur le point exposé ci-dessus, en déclarant que les Gitksan et les Wet'suwet'en avaient des droits ancestraux qui n'étaient ni exclusifs ni éteints, autres qu'un droit de propriété ou un droit de possession, et que ces droits étaient protégés par la common law et, depuis 1982, par le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982,* sur une large partie du territoire revendiqué. La majorité n'a pas défini avec précision la portée, le contenu et les conséquences de ces droits d'utilisation et d'occupation; elle a renvoyé ces questions au juge de première instance pour qu'il les tranche, tout en recommandant que les parties règlent leurs différends par la consultation et la négociation. Tous les autres aspects de la revendication des demandeurs ont été rejetés. Selon les juges dissidents, par contre, les droits ancestraux des demandeurs au titre aborigène ou au territoire et leurs droits à l'autonomie gouvernementale n'avaient pas été éteints par l'affirmation de la souveraineté britannique ou canadienne. Eux aussi préconisaient le règlement des points en litige par la négociation et par des arrangements politiques.

C. La négociation d'un traité

En mars 1994, les Gitksan, les Wet'suwet'en et la province de la Colombie-Britannique ont obtenu l'autorisation d'interjeter devant la Cour suprême du Canada un pourvoi et un pourvoi incident contre la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Les parties ont ensuite obtenu un ajournement pour leur permettre de négocier un traité destiné à régler l'affaire. En février 1996, la province de la Colombie-Britannique a suspendu les négociations avec les Gitksan à cause de « différends fondamentaux [...] au sujet des droits ancestraux ». Le ministre provincial des Affaires autochtones estimait qu'il était « peu probable que les négociations progressent [...] avec les Gitksan sans de nouvelles directives de la Cour

---

(15) Il faut souligner que l'argument de l'extinction générale avancé devant le juge de première instance au nom du gouvernement du Crédit social a été abandonné en appel par le gouvernement du Nouveau Parti démocratique qui venait d'être élu.

suprême du Canada »[16]. Après cette rupture des négociations, l'audition de l'appel a repris. Même si leurs négociations avec la province avaient progressé jusque-là, les Wet'suwet'en sont demeurés partie à l'instance.

DELGAMUUKW c. *COLOMBIE-BRITANNIQUE*

La Cour a entendu les plaidoiries les 16 et 17 juin 1997 et rendu sa décision le 11 décembre 1997. Bien que les six juges de la Cour ayant pris part au jugement[17] soient arrivés aux mêmes conclusions, le juge en chef Lamer (les juges Cory, McLachlin et Major souscrivant à ses motifs) et le juge La Forest (le juge L'Heureux-Dubé souscrivant à son jugement et le juge McLachlin étant largement en accord) divergent d'opinion sur la méthode à suivre pour établir l'existence d'un titre aborigène. Nous n'analysons ci-après que les motifs du juge en chef.

A. Questions préliminaires commandant un nouveau procès (par. 73-108)[18]

Selon le juge en chef Lamer, la Cour est empêchée d'examiner le fond du pourvoi des Gitksan et des Wet'suwet'en pour deux raisons. Premièrement, les revendications individuelles présentées au départ par chacune des maisons ont été fusionnées en deux revendications collectives, mais sans modification formelle des actes de procédure. Parce ce que ce vice de procédure porte préjudice aux droits de la province en tant qu'intimée, la tenue d'un nouveau procès s'impose.

Deuxièmement, il est nécessaire de tenir un nouveau procès afin que la preuve complexe et volumineuse concernant les questions de fait puisse être appréciée conformément aux principes s'appliquant tout particulièrement aux revendications autochtones comme celles présentées par les Gitksan et les Wet'suwet'en[19]. Essentiellement, ces principes obligent les

---

(16) Ministre des Affaires autochtones, *Communiqué*, « Province Suspends Treaty Negotiations with Gitxsan [*sic*] », 1er février 1996, accessible à l'adresse suivante : http://www.aaf.gov.bc.ca/aaf/news/1996/fe1996nr.htm, le site Internet du Ministère.

(17) Le juge Sopinka a assisté aux plaidoiries mais n'a pas pris part au jugement.

(18) Aux par. 1 à 72, le juge présente les faits, fait un survol de l'histoire des peuples Gitksan et Wet'suwet'en, et analyse les décisions des tribunaux de la Colombie-Britannique.

(19) Voir la section « Interprétation de l'article 35 » (p. 2).

tribunaux de première instance à adapter les règles de preuve en tenant compte des difficultés inhérentes à l'établissement des revendications autochtones,

> de manière à ce que les tribunaux accordent le poids qui convient au point de vue des autochtones sur leurs coutumes, pratiques et traditions, de même que sur les rapports qu'ils entretiennent avec le territoire. En pratique, cela exige que les tribunaux acceptent les récits oraux des sociétés autochtones, récits qui, pour bon nombre de nations autochtones, sont les seuls témoignages de leur passé [...] [et qui] jouent un rôle crucial dans les litiges portant sur les droits ancestraux. (par. 84)

Le juge en chef Lamer conclut que le juge de première instance a traité les diverses formes de récits oraux présentés par les demandeurs pour établir leur occupation et leur utilisation traditionnelles des territoires sans respecter ces principes qui, note-t-il, ont été énoncés après que celui-ci ait rendu sa décision[20].

B. Le titre aborigène au Canada (par. 109-139)

Le juge en chef n'est d'accord avec ni l'une ni l'autre des parties sur la définition du titre aborigène; il trouve celle des Gitksan et des Wet'suwet'en trop large et celle de la province trop étroite. À son avis, le contenu du titre aborigène « se situe quelque part entre ces deux thèses » (par. 111).

---

(20) Par exemple, comme le juge de première instance n'a accordé aucune valeur probante indépendante à une forme de récits oraux ou qu'il a semé le doute sur leur authenticité, cela implique que la valeur de ces récits oraux « serait constamment et systématiquement sous-estimée par le système juridique canadien, en contravention des instructions expresses [de la Cour] à l'effet contraire » (par. 98). De même, en attendant, comme il le fait, qu'une deuxième forme de récits apporte la preuve définitive et précise d'activités autochtones avant le contact avec les Européens, le juge fixe un fardeau de preuve « dont il est presque impossible de s'acquitter » (par. 101). Enfin, le raisonnement tenu par le juge de première instance pour écarter la preuve contenue dans une troisième forme de récits oraux aurait pour effet « qu'une société possédant une telle tradition orale ne pourrait jamais faire la preuve d'une revendication historique en utilisant un récit oral en cour » (par. 106).

1. Caractéristiques du titre aborigène (par. 112-115)

Selon le juge en chef Lamer, le caractère *sui generis* [unique en son genre] du titre aborigène est le principe unificateur qui en sous-tend les différentes dimensions :

- son inaliénabilité, au sens où les terres détenues en vertu d'un titre aborigène ne peuvent être transférées ou cédées qu'à la Couronne; cela ne veut pas dire, toutefois, que le titre aborigène n'est pas « un intérêt de propriété, qui ne représente rien de plus qu'une autorisation d'utiliser et d'occuper les terres visées et qui ne peut pas concurrencer sur un pied d'égalité d'autres droits de propriété » (par. 113);

- son origine, puisque le titre aborigène découle 1) de l'occupation du Canada par les peuples autochtones avant la *Proclamation royale de 1763* — en vertu des principes de common law, le fait physique de l'occupation prouve la possession en droit — et 2) du rapport entre la common law et les régimes juridiques autochtones;

- son caractère collectif, au sens où le titre aborigène est un droit foncier collectif, détenu par tous les membres d'une nation autochtone.

Il est impossible d'expliquer entièrement ces caractéristiques en fonction soit des règles du droit des biens en common law, soit des règles relatives à la propriété, prévues par les régimes juridiques autochtones.

2. Contenu du titre aborigène (par. 116-132)

a. Comprend le droit à l'utilisation/occupation exclusive du territoire à diverses fins (par. 116-124)

Le juge en chef donne trois motifs pour rejeter la définition de la province qui restreint le titre aborigène au droit de n'utiliser le territoire que pour des activités qui sont des aspects des pratiques ou traditions autochtones faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe revendiquant le titre. Premièrement, la jurisprudence canadienne en la matière affirme clairement que le titre aborigène ne se limite pas à ces seules activités. Deuxièmement, les droits des Autochtones sur les terres des réserves et leurs droits sur les terres détenues en vertu d'un titre aborigène sont régis par les mêmes principes juridiques et, en vertu de la *Loi sur les Indiens*, les utilisations et les avantages auxquels peuvent servir les terres des réserves sont très larges et pas du tout limités comme on le prétend. Troisièmement, la *Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes*, qui permet l'exploitation pétrolière et gazière sur les terres des réserves cédées, présume que le droit des Autochtones sur le territoire comprend les droits miniers qui sont eux-

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

mêmes compris dans le titre aborigène. Les terres détenues en vertu d'un titre aborigène devraient pouvoir être exploitées aux mêmes fins non traditionnelles.

b. L'utilisation doit être compatible avec la nature de l'attachement pour les terres (par. 125-132)

Le juge en chef Lamer estime que les limites au contenu du titre aborigène sont une manifestation de son caractère *sui generis*. Relativement à l'occupation antérieure comme origine du titre aborigène, le droit applicable cherche à la fois à définir les droits historiques et « à accorder, de nos jours, une protection juridique à cette occupation antérieure » en « reconnaissance de l'importance de la continuité du rapport qu'une collectivité autochtone entretient avec ses terres au fil des ans » (par. 126). Comme cette continuité du rapport s'applique aussi à l'avenir, les terres visées par un titre aborigène ne peuvent pas être utilisées à des fins « incompatibles avec la nature de l'occupation de ces terres et avec le rapport que le groupe concerné entretient avec celles-ci, facteurs qui, ensemble, ont donné naissance au titre aborigène en premier lieu » (par. 128). Par exemple, un groupe qui a revendiqué avec succès le titre aborigène sur des terres utilisées comme territoire de chasse ne peut pas les utiliser d'une manière qui anéantisse leur valeur pour la chasse.

Selon le juge en chef, ces considérations sont aussi pertinentes pour établir l'inaliénabilité des terres détenues en vertu d'un titre aborigène, puisque leur aliénation mettrait fin à la fois au droit d'occuper ces terres et à tout rapport spécial avec elles. L'inaliénabilité indique que les terres concernées sont quelque chose de plus qu'un simple bien. Elles ont plutôt une valeur intrinsèque pour la collectivité qui en possède le titre aborigène et qui ne peut pas en faire une utilisation susceptible de détruire cette valeur.

Fait révélateur, le juge en chef Lamer insiste sur le fait que cette limitation générale ne restreint pas l'utilisation des terres aux activités traditionnelles, puisque cela reviendrait à placer dans un « carcan juridique » ceux qui ont un « droit légitime sur les terres ». Autrement dit, on peut se permettre un éventail complet d'utilisations des terres, sous réserve seulement d'une « limite dominante » définie par la nature spéciale du titre aborigène sur les terres en question (par. 132).

Le juge en chef fait aussi observer que cette approche ne fait pas du tout obstacle à la cession à la Couronne des terres visées par un titre aborigène. D'ailleurs, ces terres doivent

être cédées et converties en terres non visées par un titre aborigène si les peuples autochtones désirent les utiliser d'une manière incompatible avec leur titre.

3. Le titre aborigène et l'article 35 (par. 133-139)

L'arrêt *Delgamuukw* confirme que l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* a « constitutionnalisé dans sa forme complète » le titre aborigène en common law, dont l'existence a été reconnue avant 1982 (par. 133)[21].

Le juge en chef Lamer réaffirme les conclusions antérieures de la Cour qui avait jugé le titre aborigène distinct des autres droits ancestraux visés au paragraphe 35(1) « parce qu'il naît lorsque le rapport entre un territoire et un groupe avait, pour sa culture distinctive, une importance fondamentale » (par. 137). L'importance du lien avec le territoire est déterminante pour l'établissement de la portée des droits ancestraux constitutionnels revendiqués. À une extrémité du spectre des droits, il y a les pratiques ou traditions faisant partie intégrante d'une culture autochtone distinctive dans les cas où l'utilisation et l'occupation du territoire sur lequel les activités sont pratiquées n'étayent pas la revendication du titre aborigène. Au milieu du spectre, de telles activités traditionnelles peuvent être étroitement rattachées à une parcelle de terrain particulière, à telle enseigne qu'un groupe puisse être capable d'avoir le droit « spécifique à un site » de s'adonner à ces activités, mais pas de démontrer l'existence d'un titre sur le territoire. Ces deux formes d'activité sont protégées par le paragraphe 35(1). Enfin :

> À l'autre extrémité du spectre, il y a le titre aborigène proprement dit. [...] [L]e titre aborigène confère quelque chose de plus que le droit d'exercer des activités spécifiques à un site qui sont des aspects de coutumes, pratiques et traditions de cultures autochtones distinctives. [...] Ce que le titre aborigène confère c'est le droit au territoire lui-même. (par. 138) (c'est nous qui soulignons)

C. Preuve de l'existence d'un titre aborigène (par. 140-159)

Le juge en chef fait observer que, pour évaluer les revendications d'un titre aborigène, il faut adapter le « critère » dont la Cour se sert actuellement pour les revendications de droits ancestraux se rapportant aux activités menées sur les terres. Par contre, le titre aborigène est

---

(21) Le juge en chef fait aussi remarquer que la constitutionnalisation des droits ancestraux reconnus en common law ne signifie pas que ces droits épuisent le contenu du paragraphe 35(1) (par. 136).

le droit au territoire lui-même qui peut être utilisé pour diverses activités dont aucune ne doit nécessairement être protégée individuellement par le paragraphe 35(1), puisqu'elles sont des parasites du titre sous-jacent (par. 140). Néanmoins, les deux critères ont de grandes similitudes.

1. Le territoire doit avoir été occupé avant l'affirmation de la souveraineté (par. 144-151)

a. La période pertinente (par. 144-145)

Le juge en chef Lamer conclut que la période antérieure au premier contact, utilisée pour établir l'existence de droits ancestraux autorisant l'exercice d'activités, ne convient pas lorsqu'il est question de titre aborigène :

- Comme le titre aborigène grève le titre sous-jacent de la Couronne, qui a été acquis uniquement lorsque celle-ci a affirmé sa souveraineté, il s'ensuit que le titre aborigène s'est cristallisé à ce moment-là.
- En vertu de la common law, le fait de l'occupation ou de la possession suffit pour fonder un titre aborigène, sans avoir à prouver que le territoire faisait partie intégrante de la société autochtone avant l'arrivée des Européens.
- La date de l'affirmation de la souveraineté a un caractère plus certain que celle du premier contact.

Des circonstances ultérieures pourraient être importantes pour ce qui est du titre, par exemple dans des cas de dépossession de terres traditionnelles après l'affirmation de la souveraineté.

b. L'occupation (par. 146-151)

Pour le juge en chef Lamer, il faut tenir compte tant de la common law que du point de vue des Autochtones à l'égard du territoire — point de vue qui tient compte notamment de leurs régimes juridiques — dans la démonstration de l'occupation. En ce qui concerne le premier élément, l'occupation physique fait preuve de la possession en droit qui, à son tour, fondera le droit au titre sur les terres visées. Elle peut être prouvée de différentes façons, y compris la construction, la culture et l'exploitation des ressources; pour savoir si on a fait la preuve d'une occupation suffisante pour fonder un titre aborigène, il faut tenir compte de la taille, du mode de vie, des ressources et des progrès techniques du groupe concerné. En outre, comme l'exigence que le

territoire ait été occupé antérieurement à l'affirmation de la souveraineté suffit à établir l'importance fondamentale du territoire pour la culture du groupe concerné, il n'est pas nécessaire d'inclure explicitement cet élément dans le critère relatif au titre aborigène.

2. Dans certains cas, il doit y avoir une continuité entre l'occupation actuelle et celle antérieure à l'affirmation de la souveraineté (par. 152-154)

Reconnaissant la possibilité de manquer d'éléments de preuve concluants d'une occupation antérieure à l'affirmation de la souveraineté, le juge en chef précise qu'un groupe revendiquant un titre aborigène peut l'établir en produisant des éléments de preuve de l'occupation actuelle, doublés de la preuve de la continuité. Les demandeurs ne sont pas tenus de faire la preuve d'une « continuité parfaite », mais plutôt d'« un maintien substantiel du lien » entre le peuple et le territoire (par. 153). Dans la mesure où ce lien substantiel a été maintenu, le fait que la nature de l'occupation ait changé depuis l'affirmation de la souveraineté ne fera généralement pas obstacle à la revendication d'un titre aborigène.

3. L'occupation doit avoir été exclusive au moment de l'affirmation de la souveraineté (par. 155-159)

Le juge en chef Lamer note que, comme pour l'occupation, il faut faire la preuve de cette exigence en tenant compte tant de la common law que du point de vue des Autochtones. Donc, bien que le principe de l'exclusivité en common law soit lié à la notion de propriété en fief simple, le critère requis pour établir l'occupation exclusive relativement à un titre aborigène revendiqué doit tenir compte du contexte de la société autochtone concernée au moment de l'affirmation de la souveraineté. Ainsi, il est possible de prouver l'exclusivité de l'occupation, suivant les circonstances, même si d'autres groupes autochtones étaient présents ou se rendaient souvent sur les terres revendiquées. Qui plus est, l'exigence d'occupation exclusive n'empêche pas l'existence possible d'un titre conjoint détenu par deux nations autochtones ou plusieurs, par exemple lorsque plus d'un groupe a partagé un territoire particulier, chacun reconnaissant les droits de l'autre sur ce territoire, mais ceux de personne d'autre. En outre, les éléments de preuve d'une occupation non exclusive pourraient néanmoins établir l'existence de droits ancestraux partagés, non exclusifs et spécifiques à certains sites, par exemple sur des terres adjacentes à celles visées par la revendication d'un titre et utilisées pour la chasse par plusieurs groupes.

D. Justification des atteintes au titre aborigène (par. 160-169)

1. Principes généraux (par. 160-164)

a. L'atteinte doit se rapporter à la poursuite d'un objectif législatif impérieux et réel (par. 161)

Le juge en chef réaffirme son opinion que les objectifs législatifs réels sont ceux visant l'un ou l'autre des objets qui sous-tendent la constitutionnalisation des droits ancestraux, c'est-à-dire la reconnaissance de l'occupation antérieure de l'Amérique du Nord par les peuples autochtones et la conciliation de cette occupation avec l'affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté. Le deuxième objet sera souvent plus pertinent à l'étape de la justification : comme les sociétés autochtones font partie d'une communauté plus large sur laquelle s'exerce la souveraineté de Sa Majesté, certaines restrictions des droits ancestraux seront parfois justifiables dans la poursuite d'objectifs importants pour l'ensemble de la communauté et elles sont un élément nécessaire de la conciliation des sociétés autochtones avec cette communauté.

b. L'atteinte doit être compatible avec le rapport de fiduciaire (par. 162-164)

Selon le juge en chef Lamer, l'obligation de fiduciaire envers les peuples autochtones est fonction du contexte juridique et factuel de chaque cas. Bien que cette obligation puisse parfois commander que les intérêts des autochtones aient préséance, elle peut amener, dans d'autres contextes, à aborder des questions comme celles de savoir si on a porté le moins possible atteinte à des droits, si une juste indemnisation est prévue et si le groupe autochtone a été consulté. L'étendue de l'examen de l'obligation de fiduciaire variera aussi selon la nature du droit ancestral en cause.

2. Application au titre aborigène (par. 165-169)

a. Un large éventail d'objectifs législatifs peut justifier une atteinte (par. 165)

Le juge en chef Lamer statue que la plupart de ces objectifs peuvent être rattachés à la conciliation de l'occupation antérieure par les peuples autochtones avec l'affirmation de la souveraineté de la Couronne et, donc, à la situation des sociétés autochtones au sein de l'ensemble de la communauté canadienne :

> [L]'extension de l'agriculture, de la foresterie, de l'exploitation minière et de l'énergie hydro-électrique, le développement économique général de l'intérieur de la Colombie-Britannique, la protection de l'environnement et des espèces menacées d'extinction, ainsi que la construction des infrastructures et l'implantation des populations requises par ces fins, sont des types d'objectifs compatibles avec cet objet et qui, en principe, peuvent justifier une atteinte à un titre aborigène. (par. 165)

La question de savoir si une mesure constituant une atteinte se rattache à de tels objectifs devra être examinée au cas par cas.

b. La nature de l'obligation de fiduciaire est fonction de la nature du titre (par. 166-169)

Le juge en chef définit trois aspects du titre aborigène qui sont pertinents en l'espèce. Premièrement, le droit d'utiliser et d'occuper de façon exclusive les terres visées influe sur l'étendue de l'examen auquel sont soumis les mesures portant atteinte au titre. Par exemple, une obligation de fiduciaire qui exigerait de donner préséance au titre aborigène ne serait pas absolue; il faudrait plutôt que le gouvernement démontre que les modalités de répartition de la ressource et la répartition elle-même reflètent l'intérêt prioritaire des détenteurs du titre aborigène. Entre autres exemples de cette démonstration, il y a la prise en compte de la participation des autochtones à la mise en valeur des ressources, la concession de fiefs simples ou de permis d'exploitation des ressources reflétant l'occupation antérieure et la réduction des obstacles économiques à l'utilisation par les autochtones de leurs terres. Cette question pourrait obliger à soupeser les divers intérêts concernés par les ressources en cause. Il faudrait aussi s'attendre qu'il sera difficile de déterminer la valeur exacte de l'intérêt des autochtones dans le territoire.

Deuxièmement, le fait que le titre aborigène comprenne le droit de choisir les utilisations éventuelles à être faites des terres indique que le rapport de fiduciaire peut être respecté en faisant participer les autochtones détenteurs du titre à la prise des décisions concernant leurs terres. Bien que la Couronne ait toujours l'obligation de consulter, la nature et l'étendue de cette obligation dépendront des circonstances. Le juge en chef Lamer a souligné que, même dans les rares cas d'un manquement mineur « où la norme minimale acceptable est la consultation, celle-ci doit être menée de bonne foi, dans l'intention de tenir compte réellement

des préoccupations des peuples autochtones dont les terres sont en jeu. Dans la plupart des cas, l'obligation exigera beaucoup plus qu'une simple consultation. Certaines situations pourraient même exiger l'obtention du consentement d'une nation autochtone » (par. 168).

Troisièmement, comme le titre aborigène a « inévitablement une dimension économique », il sera généralement nécessaire de verser une juste indemnité, en cas d'atteinte à un titre aborigène, pour exécuter l'obligation de fiduciaire de la Couronne. Le montant de l'indemnité variera en fonction de la nature du titre aborigène touché, de la gravité de l'atteinte et de la mesure dans laquelle les intérêts des Autochtones ont été pris en compte.

E. Le droit à l'autonomie gouvernementale (par. 170-171)

Le juge en chef fait remarquer que la nécessité de tenir un nouveau procès empêche la Cour de se pencher sur cet aspect de la revendication des demandeurs. De plus, suivant la jurisprudence de la Cour, les droits relatifs à l'autonomie gouvernementale « ne peuvent pas être exprimés en termes excessivement généraux » comme ils l'ont été en l'espèce (par. 170).

F. Le pourvoi incident de la Colombie-Britannique (par. 172-183)

Le juge en chef Lamer rejette la prétention de la province qui estime avoir eu la compétence, depuis son entrée dans la fédération en 1871 jusqu'à la constitutionnalisation du paragraphe 35(1) en 1982, d'éteindre les droits des peuples autochtones. Voici quelques conclusions qu'il expose dans ses motifs :

- Le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* a conféré au gouvernement fédéral le pouvoir exclusif de légiférer sur les « Indiens et [les] terres réservées aux Indiens », ce qui comprend le pouvoir de légiférer relativement au titre aborigène, notamment en l'éteignant.

- Le paragraphe 91(24) protège aussi « l'essentiel de l'indianité » qui se situe dans le champ de la compétence fédérale et qui englobe tout l'éventail des droits ancestraux protégés par le paragraphe 35(1) : les lois qui sont censées éteindre ces droits outrepassent donc la compétence législative des provinces.

- Bien que le titre sous-jacent sur les terres dans la province ait été attribué à la Couronne provinciale par l'article 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, cette disposition subordonne ce droit de propriété provincial à « tout intérêt autre que celui de la province » sur ces terres : le titre aborigène constitue un tel intérêt.

- Les lois provinciales d'application générale, c.-à-d. celles qui n'imposent pas un traitement spécial aux Indiens, s'appliquent aux Indiens et aux terres indiennes, mais elles ne peuvent avoir pour effet d'éteindre des droits ancestraux, en partie parce qu'elles seraient incapables de respecter la norme de l'« intention claire et expresse » à l'égard de l'extinction des droits ancestraux, sans outrepasser la compétence de la province.

- L'article 88 de la *Loi sur les Indiens* incorpore par renvoi les lois provinciales d'application générale qui ne sauraient autrement s'appliquer aux Indiens, mais il ne les autorise pas à éteindre les droits ancestraux : non seulement cette disposition ne renferme pas l'« intention claire et expresse » requise, mais son allusion explicite aux droits issus de traités indique qu'elle n'est manifestement pas censée porter atteinte aux droits ancestraux.

G. Conclusion et dispositif (par. 184-186)

Le juge en chef Lamer accueille le pourvoi en partie, rejette le pourvoi incident de la province et ordonne la tenue d'un nouveau procès. Il déclare ouvertement qu'il n'encourage pas les parties à introduire une instance; il leur conseille plutôt d'entreprendre des négociations pour régler leur différend. Selon le juge en chef, « [d]evraient également participer à ces négociations les autres nations autochtones qui ont un intérêt dans le territoire revendiqué. En outre, la Couronne a l'obligation morale, sinon légale, d'entamer et de mener ces négociations de bonne foi ». Les règlements négociés « de bonne foi et [toutes les parties] faisant les compromis qui s'imposent », conclut-il, vont permettre de réaliser l'objet du paragraphe 35(1), à savoir la conciliation (par. 186).

COMMENTAIRE

On s'attendait que l'arrêt *Delgamuukw* de la Cour suprême du Canada ait des répercussions importantes, quoique encore inconnues, sur la négociation et le règlement futurs des revendications territoriales globales fondées sur un titre aborigène, sur les politiques d'utilisation des terres et sur les procès portant sur un titre aborigène, dans les régions du pays où les Autochtones n'ont pas cédé leurs terres ancestrales par traité. C'est le cas non seulement de presque tout le territoire de la Colombie-Britannique, mais aussi de certaines parties du Québec et du Canada atlantique.

L'arrêt *Delgamuukw* demeure une affirmation capitale de l'existence du titre aborigène au Canada et du fait qu'il est protégé par la Constitution. Il semble important, toutefois, de souligner que la Cour ne s'étant pas prononcée sur le fond de la revendication du

titre aborigène par les Gitksan et les Wet'suwet'en, sa décision a des effets qui servent d'instructions plutôt que de conclusions définitives. L'arrêt *Delgamuukw* fournit au gouvernement, aux Autochtones revendiquant un titre et aux tribunaux inférieurs, de nouvelles lignes directrices complètes qui les aideront à l'avenir à régler ou à juger, selon le cas, les revendications des Gitksan et des Wet'suwet'en et les autres revendications territoriales globales.

En pratique, on ignore encore l'effet à terme qu'aura la réaction des diverses parties à l'arrêt *Delgamuukw* sur les politiques à élaborer, sur les processus de négociation et sur la fréquence des recours judiciaires. Vu l'historique des négociations sur les revendications territoriales, ce n'est pas parce que la Cour a recommandé que les différends en cours se règlent par la négociation que ses lignes directrices faciliteront le processus de négociation ou éviteront les procès relativement aux revendications individuelles. D'autre part, l'arrêt *Delgamuukw* a donné aux parties un élan irrépressible pour réaffirmer que les traités doivent se conclure par la négociation.

Bref, l'arrêt *Delgamuukw* a établi un cadre théorique sans précédent qui constitue la base sur laquelle se bâtira le droit relatif au titre aborigène au Canada, plutôt que le point culminant de son développement. Le droit du titre aborigène continuera d'évoluer au fur et à mesure que les principes énoncés dans l'arrêt *Delgamuukw* seront mis en application.

CHRONOLOGIE

En conclusion au présent document sont énumérés un certain nombre de faits significatifs survenus depuis décembre 1997 et qui se rapportent directement ou indirectement à l'arrêt *Delgamuukw* de la Cour suprême du Canada.

Janvier 1998

- La Commission des traités de la Colombie-Britannique[22] a pressé les gouvernements fédéral et provincial et les Premières nations de travailler ensemble pour raviver la négociation d'un

---

(22) En Colombie-Britannique, le processus de conclusion des traités et les principes régissant les négociations ont été établis dans le rapport de 1991 du groupe de travail de la Colombie-Britannique sur les revendications territoriales (BC Claims Task Force); ils ont été incorporés en 1992 dans l'Accord tripartite sur la Commission des traités. Conformément aux termes de l'Accord, une loi fédérale et une loi provinciale ont été adoptées pour constituer la Commission des traités de la Colombie-Britannique. La Commission est chargée de favoriser la négociation de traités dans la province, exception faite des négociations des Nisga'a qui viennent de se terminer. Elle accepte la participation des Premières nations au processus de négociation des traités; détermine à quel moment les parties sont disposées à

traité, plutôt que de s'en remettre à un procès et à la reprise de la confrontation qui entraîneraient vraisemblablement une incertitude économique accrue. Le président de la Commission d'alors a affirmé que l'arrêt *Delgamuukw* avait déjà eu un effet marqué sur la négociation des traités en Colombie-Britannique, une démarche dans laquelle plus de 50 Premières nations étaient engagées. Il a reconnu, d'une part, que les mandats et démarches nouveaux ne produiront pas des résultats instantanés étant donné la complexité des questions auxquelles les parties doivent répondre et, d'autre part, que les Premières nations peuvent avoir l'impression que l'arrêt *Delgamuukw* renforce leur position et réduit les obstacles traditionnels à la tenue d'un procès comme solution à la place de la négociation[23].

Février 1998

- La Commission des traités de la Colombie-Britannique a indiqué que les deux ordres de gouvernement et le Sommet des Premières nations (associé à la création de la Commission) avaient accepté de collaborer pour déterminer quels changements il faudrait apporter au traité pour tenir compte de l'arrêt *Delgamuukw*. À son avis, toutes les parties ont reconnu que la Cour suprême a laissé de nombreuses questions sans réponse parce que c'est la négociation qui permettra le mieux d'y répondre. Un tribunal peut déclarer qu'il existe un titre aborigène dans une région donnée, mais il faudra quand même négocier les compétences et concilier les intérêts à la fois des Autochtones et des non-Autochtones[24].

(suite)

entreprendre les négociations; octroie des fonds, surtout sous forme d'emprunts, aux Premières nations; suit l'état des négociations et en fait rapport; évalue les problèmes et prodigue des conseils; aide les parties à régler leurs différends. Deux des cinq commissaires sont nommés par le Sommet des Premières nations, tandis que le fédéral et la Colombie-Britannique en nomment chacun un. Le président de la Commission est nommé conjointement par les parties. L'actuel président, Miles Richardson, a entrepris un mandat de trois ans en novembre 1998.

(23) Commission des traités de la Colombie-Britannique, *News Release*, « Treaty Commission Urges Changes to Safeguard Treaty Process », Vancouver, 28 janvier 1998. Le texte du communiqué et d'autres documents de la Commission se trouvent sur Internet à l'adresse : http://www.bctreaty.net/.

(24) Commission des traités de la Colombie-Britannique, *Newsletters*, « Supreme Court Decision Underlines Need for Negotiation », Vancouver, février 1998.

Mars 1998

- La ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, le ministre des Affaires autochtones de la Colombie-Britannique et le grand chef du Groupe de travail du Sommet des Premières nations ont annoncé comme prévu un réexamen conjoint du processus de négociation des traités de la Colombie-Britannique à la lumière de l'arrêt *Delgamuukw*; ils ont établi que le premier objectif serait de « trouver des façons de concilier les intérêts du Canada, de la Colombie-Britannique et des Premières nations ». Les parties ont aussi convenu qu'il était nécessaire d'amener les tierces parties et les dirigeants du monde des affaires à participer à un dialogue élargi au sujet de la décision de la Cour suprême. Un comité de haut niveau s'est vu confier le mandat de se réunir dans les deux mois pour examiner les répercussions de l'arrêt et « améliorer le processus de négociation des traités pour en arriver à conclure les ententes nécessaires pour la stabilité économique et sociale de la province»[(25)].

- La Confédération des nations indiennes de l'Assemblée des Premières nations (APN) a adopté des résolutions demandant, d'une part, l'application des principes de l'arrêt *Delgamuukw* par la réforme des politiques fédérales sur les revendications territoriales globales et, d'autre part, le remplacement des lois et politiques fédérales « offensantes » par des mesures conformes aux indications de la Cour dans cet arrêt[(26)].

Avril 1998

- L'examen du processus de négociation des traités a commencé. Des hauts fonctionnaires du fédéral, de la province et des Premières nations se sont réunis à deux reprises pendant trois jours et ont mis sur pied des groupes de travail chargés d'étudier des questions précises. À l'issue de ces réunions, les participants ont convenu de recommander un plan d'action à leurs

---

(25) Gouvernement du Canada, Gouvernement de la Colombie-Britannique et Sommet des Premières nations, *Communiqué*, « Le Canada, la Colombie-Britannique et les Premières nations s'entendent pour s'engager dans un examen conjoint du processus de négociation des traités en Colombie-Britannique », Vancouver, 13 mars 1998.

(26) Résolutions 2/98 et 3/98 du 11 mars 1998, confirmées en juin par la résolution 34/98 de l'Assemblée générale de l'APN. Les résolutions se trouvent à l'adresse http://www.afn.ca/eng_main.htm

mandants. Entre autres sujets abordés, il y a les titres ancestraux, l'accélération des négociations sur certains éléments du traité, le renforcement des capacités, et la certitude[27].

Mai 1998

- Les participants à la conférence annuelle de Business at the Summit pour les gens d'affaires autochtones et non autochtones ont reconnu que l'arrêt *Delgamuukw* avait accru l'incertitude entourant les investissements en Colombie-Britannique. Néanmoins, ils estiment que le jugement appuie la création de partenariats entre Autochtones et non-Autochtones[28].

Juin 1998

- Le chef de l'opposition a demandé au gouvernement fédéral d'adopter une loi pour mettre fin à l'insécurité qui résulte de l'arrêt *Delgamuukw*, et d'établir les règles régissant les titres aborigènes[29].
- Dans son rapport annuel, la Commission des traités de la Colombie-Britannique qualifie l'arrêt *Delgamuukw* d'événement déterminant de 1997-1998 et cite certaines questions qui font l'objet d'un examen tripartite, par exemple le fait que les terres, les ressources et les affaires pécuniaires sont des sujets qui devraient être abordés plus tôt dans le processus de négociation des traités, et la nécessité d'améliorer le processus actuel en six temps. De plus, la Commission a déclaré que les revendications territoriales qui se chevauchent et les répercussions de l'arrêt *Delgamuukw* sur les processus de consultation et sur les mesures provisoires étaient aussi des questions sur lesquelles les parties devaient se pencher :

---

(27) Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (MAINC), *Document d'information*, « Appui accru de la part du gouvernement fédéral envers la négociation des traités en Colombie-Britannique », 7 juillet 1998. Le texte de divers documents produits par le MAINC, dont celui-ci, se trouve sur Internet à l'adresse http://www.inac.gc.ca.

(28) Bureau fédéral de négociation des traités, « Nombreuses occasions d'affaires dans le nouveau contexte post-*Delgamuukw* », *Traités en bref*, juin 1998, accessible sur Internet à l'adresse http://www.inac.gc.ca/pubs/treaty/june98/index.html.

(29) Cabinet du chef de l'opposition, *Communiqué*, « Il faut légiférer un terme à l'insécurité causée par la décision sur les Delgamuukw », Ottawa, 8 juin 1998.

> Depuis l'arrêt *Delgamuukw*, les Premières nations revendiquent de plus en plus un rôle dans les transactions du gouvernement visant les terres et les ressources dans leurs territoires. Les Premières nations engagées dans le processus de conclusion des traités sont trop nombreuses pour qu'on puisse acquiescer à leur revendication dans le cadre d'un traité. Il va falloir trouver un autre moyen. Selon l'arrêt *Delgamuukw*, un processus de négociation devrait remplacer le processus de consultation afin que des mesures provisoires et des ententes de développement économique deviennent des composantes des traités. (traduction)

La Commission des traités a pressé les parties de rétablir le processus d'examen tripartite, qui serait paralysé depuis la décision de la Colombie-Britannique d'engager le fédéral et le Groupe de travail du Sommet des Premières nations dans des pourparlers bilatéraux. Elle a en outre fait remarquer que, si presque toutes les Premières nations participant au processus de conclusion des traités en Colombie-Britannique privilégient la négociation, elles s'attendent néanmoins que les mandats et les méthodes du gouvernement changent par suite de l'arrêt *Delgamuukw*[30].

Juillet 1998

- Dans une cause qu'on a dit être la première depuis *Delgamuukw* à porter sur les revendications territoriales en Colombie-Britannique, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a confirmé le refus d'accorder une injonction interlocutoire à la bande indienne de Kitkatla qui cherchait à empêcher l'exploitation forestière sur le territoire qu'elle revendiquait, en attendant le procès sur la question du titre. Pour arriver à sa décision, la Cour a statué que l'arrêt *Delgamuukw* n'avait absolument rien changé au droit des injonctions. Ce qui est capital dans l'affaire de la bande de Kitkatla, c'est la portée de l'obligation de consultation de la couronne provinciale dans les cas où un titre aborigène est revendiqué mais

---

(30) Commission des traités de la Colombie-Britannique, *Annual Report 1998*, « Challenges - Delgamuukw Decision Defining Event of 1997 », Vancouver, juin 1998.

pas encore établi. Les tribunaux de la Colombie-Britannique ont reconnu que c'était une question importante[31].

- Conformément à la reconnaissance par les parties de la nécessité de régler les questions se rapportant aux capacités des Premières nations, le gouvernement fédéral a annoncé la formation d'un groupe de treize experts sur le renforcement des capacités, qui sera composé de représentants des communautés autochtones (de l'intérieur et de la région côtière), du secteur des ressources et de la Commission des traités de la Colombie-Britannique, ainsi que d'autres experts[32]. Le rôle du groupe d'experts est décrit comme suit :

> [examiner] les programmes existants et, par l'entremise de consultations avec l'industrie et les collectivités de Premières nations, [déterminer] les besoins en matière de renforcement des capacités. En se fondant sur l'information recueillie, le groupe d'experts : 1) effectuera des recommandations sur la manière de rajuster les programmes en vigueur de sorte qu'ils répondent davantage aux besoins; 2) déterminera les secteurs où il y a des écarts entre les programmes en vigueur et les besoins en matière de renforcement des capacités; 3) déterminera les possibilités conjointes permettant de renforcer les capacités des Premières nations à négocier et à mettre [en] œuvre les traités ainsi qu'à gérer les terres et les ressources; 4) évaluera les ressources financières nécessaires pour lancer d'autres initiatives de renforcement des capacités[33].

Le groupe d'experts devait présenter ses recommandations à la ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien au plus tard à la fin de 1998. Le gouvernement fédéral a fait savoir qu'au cours des trois à cinq prochaines années, il offrirait des ressources pour appuyer les initiatives recommandées par le groupe d'experts; le financement de base pour soutenir le

---

(31) *Kitkatla Band* c. *British Columbia Minister of Forests, [1999] 2 C.N.L.R. 170.* Voir le texte à la rubrique « Juin 1999 » ci-dessous et la note en bas de page connexe.

(32) Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, *Communiqué*, « Le Canada démontre son engagement à revitaliser le processus de négociation des traités en Colombie-Britannique », Vancouver, 7 juillet 1998.

(33) *Document d'information*, note 27.

renforcement des capacités des Premières nations serait d'environ trois millions de dollars par année[34].

Septembre 1998

- Dans un accord entre la province de la Colombie-Britannique et les chefs héréditaires des Wet'suwet'en, les parties conviennent de régler les problèmes soulevés par l'arrêt *Delgamuukw* et de « revitaliser » les pourparlers sur les traités. L'accord comprend des engagements à travailler ensemble à la planification et à la mise en valeur des ressources, ainsi qu'au développement économique; à privilégier le développement économique comme priorité des deux groupes de travail bilatéraux qui ont été formés pour étudier les terres, les ressources et les services sociaux; à collaborer aux initiatives de formation et de perfectionnement professionnels; à faire participer, si possible, les industries et le gouvernement locaux à des discussions bilatérales; et à s'assurer que le fédéral remplit ses obligations fiduciaires relativement aux activités découlant de l'accord[35].
- Une entente de conciliation entre Sa Majesté du chef de la Colombie-Britannique et les chefs héréditaires des Gitksan a aussi été signée pour permettre aux parties de régler les questions liées à l'arrêt *Delgamuukw*. Elle prévoit trois séries de pourparlers : une entre la province et les Gitksan sur des questions comme la gestion de la faune et de son habitat, l'exploitation forestière et minière, le développement économique; une autre entre le fédéral et les Gitksan sur des sujets tels que la pêche, le renforcement des capacités et le dédommagement; et une dernière série de pourparlers entre la province, le fédéral et les Gitksan sur les affaires trilatérales, à condition que le fédéral accepte de reprendre les discussions sur le traité en se basant sur l'entente cadre conclue avec les Gitksan en juillet 1995, avant que les négociations soient interrompues[36].

---

(34) *Ibid.*

(35) Gouvernement de la Colombie-Britannique, ministère des Affaires autochtones, *News Release*, « Agreement Reinvigorates Treaty Discussions with Wet'suwet'en », Smithers (C.-B.), 14 septembre 1998. Le texte du communiqué et d'autres documents rendus publics par le ministère provincial se trouvent sur Internet à l'adresse http://www.aaf.gov.bc.ca/aaf/.

(36) Gouvernement de la Colombie-Britannique, ministère des Affaires autochtones, *News Release*, « Agreement Renews Treaty Discussions with Gitxsan First Nation » Hazelton (C.-B.), 15 septembre 1998.

- Le gouvernement de la Colombie-Britannique a rendu publiques les lignes directrices opérationnelles destinées à aider les ministères et organismes provinciaux, en particulier dans le domaine des terres et des ressources, à remplir l'obligation de consultation des Premières nations, énoncée dans l'arrêt *Delgamuukw*, au sujet des projets d'activités sur les terres publiques qui pourraient empiéter sur le titre aborigène. Le processus de consultation n'a pas pour but de déterminer si le titre existe. C'est aux Premières nations qu'il incombe de le démontrer. En annonçant les lignes directrices, le ministre des Affaires autochtones de la Colombie-Britannique a précisé que ce n'était qu'une partie de la réponse de la province à l'arrêt *Delgamuukw* et qu'on allait continuer à discuter des obligations de consultation avec les organisations des Premières nations et du gouvernement fédéral(37).

Octobre 1998

- La Commission des traités de la Colombie-Britannique a fait savoir que les parties avaient convenu de poursuivre l'examen tripartite de plusieurs questions, notamment le titre aborigène et la certitude, le rôle de la Commission des traités, la consultation, le financement de la participation des Premières nations aux négociations et les mesures provisoires. Au sujet de ces dernières, la Commission a réitéré l'importance, à son avis, d'arriver à des ententes négociées sur les mesures provisoires, parce que c'est un moyen de mettre en équilibre les intérêts de toutes les parties en attendant l'issue de la négociation des traités, et elle a dressé la liste des ententes récentes. La Commission a aussi commenté les défis associés à la négociation de telles ententes sur les questions de territoire et de ressources, et signalé que les parties reconnaissaient l'importance d'en arriver à des ententes pour régler ces affaires lorsqu'elles sont capitales pour la négociation des traités(38).
- La Commission a aussi fait remarquer que l'Entente définitive des Nisga'a et l'arrêt *Delgamuukw* montrent combien il est important de résoudre les revendications territoriales qui se chevauchent; que plusieurs Premières nations avaient déjà conclu des conventions de délimitation; et que d'autres avaient convenu d'un processus de règlement des

---

(37) Gouvernement de la Colombie-Britannique, ministère des Affaires autochtones, *News Release*, « Province Releases First Nations Consultation Guidelines for Government Staff », Victoria, 29 septembre 1998. Voir le titre *Consultation Guidelines* au site Web du ministère à la rubrique *Delgamuukw*.

(38) Commission des traités de la Colombie-Britannique, *Newsletter*, « Interim Measures Keep Peace », Vancouver, octobre 1998.

chevauchements et en arriveraient bientôt à une entente. De plus, on était à étudier un protocole de résolution des chevauchements, adopté lors du Sommet des Premières nations de 1997, tandis que les parties avaient accepté d'inclure la question du chevauchement dans le champ de l'examen tripartite. La Commission a proposé que des ententes de principe soient signées uniquement si les lignes directrices clés visant les revendications qui se chevauchent étaient suivies[39].

- Les commissaires ont fait savoir qu'aucune Première nation de la Colombie-Britannique n'avait officiellement abandonné le processus de négociation des traités depuis l'arrêt *Delgamuukw*, même si plusieurs maintenaient les poursuites qu'elles avaient intentées parallèlement[40].

Décembre 1998

S'inspirant en partie de l'arrêt *Delgamuukw* relativement à l'aspect économique du titre aborigène et de l'affirmation contenue dans l'arrêt suivant laquelle une atteinte au titre exigerait normalement une indemnisation équitable, la Confédération des nations indiennes (APN) adoptait une résolution demandant aux gouvernements fédéral et provincial d'adopter de nouveaux mandats indiquant explicitement qu'une négociation de dédommagements équitables pour les atteintes passées et actuelles aux titres aborigènes serait une question de fond du processus de négociation de traités en Colombie-Britannique[41].

Janvier 1999

- Le Groupe d'experts sur le renforcement des capacités post-*Delgamuukw*, formé en juillet 1998, a présenté son rapport final au ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien[42]. Afin d'accélérer les négociations sur le fond et de répondre à la nécessité de renforcer les capacités, il recommande, entre autres, que les gouvernements offrent plus

---

(39) *Ibid.*, « Overlap Agreements A Must in Treaty Negotiations ».

(40) *Ibid.*, « Commissionners Respond to Questions About Treaty Process ».

(41) Résolution 72/98 du 9 décembre 1998.

(42) Le *Rapport final du Groupe d'experts sur le renforcement des capacités post-Delgamuukw* se trouve sur le site Web du MAINC.

rapidement des terres, des ressources et de l'argent lorsque les parties s'entendent; que les parties procèdent à une analyse plus poussée de questions comme la mise en œuvre par étapes des avantages issus des traités, l'utilité de mesures provisoires et le partage des avantages découlant des arrangements commerciaux; et que les parties étudient la possibilité de s'entendre sur les aspects de la gestion publique touchant les terres, les ressources et l'argent, et qu'elles reportent à plus tard l'étude des questions moins pressantes. Dans une autre proposition importante, le Groupe recommande la mise sur pied d'un comité indépendant de sept à neuf membres, à majorité des Premières nations, qui serait chargé d'examiner et de recommander des propositions relatives à des activités de renforcement des capacités, ainsi que le recours au système de prestation existant pour accroître l'efficacité et réduire les frais d'administration(43). Le Groupe a refusé d'élaborer les critères d'évaluation des propositions, estimant que ce rôle revenait plutôt au comité proposé.

Février 1999

- Lors de la conférence « *Delgamuukw*: One Year After », le chef adjoint régional de l'APN en Colombie-Britannique a affirmé que la décision de la Cour n'avait pas changé l'approche des gouvernements fédéral et provincial à la négociation des traités. Selon lui, il est temps que les Autochtones s'organisent en fonction des conclusions de l'arrêt *Delgamuukw* et de l'existence effective de leurs titres aborigènes s'ils veulent que les gouvernements traitent avec eux de façon sérieuse. Le président de la conférence, le professeur Frank Cassidy, a signalé pour sa part que les gouvernements fédéral et provincial utilisaient la négociation de traités pour réduire la portée de l'arrêt *Delgamuukw*(44).
- À la suite d'une réunion pour discuter d'affaires pendantes liées à l'arrêt *Delgamuukw*, le MAINC et l'APN ont convenu que le processus de révision de la politique issu de l'arrêt serait permanent et global(45).

---

(43) *Ibid.*, « Résumé ».

(44) Ian Dutton, « B.C. Ignoring Court, Natives Say: Negotiators Don't Recognize Title Despite Delgamuukw, Leader Charges », *Times Colonist* (Victoria), 19 février 1999, p. A3.

(45) « Delgamuukw National Process », *Backgrounder*, disponible sur le site Web de l'APN (« Links »).

Mars 1999

- La Cour suprême de la Colombie-Britannique s'est prononcée sur la question de savoir si l'obligation « morale » de la Couronne de négocier des traités de bonne foi — affirmée par le juge en chef dans l'arrêt *Delgamuukw* — était également une obligation juridique. L'action contre le Canada et la Colombie-Britannique par la première nation Gitanyow(46), engagée dans des négociations depuis 1993, avait été entreprise dans le contexte de la conclusion imminente de l'Entente définitive des Nisga'a, qui reconnaît comme territoire Nisga'a des parties du territoire du bassin hydrographique de la Nass qui sont revendiquées par les Gitanyow(47). Le juge a statué que si les gouvernements fédéral et provincial n'étaient pas obligés de négocier des traités avec les Gitanyow, une fois des négociations entamées, leur obligation de fiduciaire envers les peuples autochtones les obligeait à négocier de bonne foi, obligation qui s'appliquait à tous les représentants de la Couronne(48). L'affaire Gitanyow soulève la question des chevauchements qui concernent de nombreuses revendications en Colombie-Britannique, comme l'a souligné la Commission des traités de la province. Tranchant une question préliminaire de procédure dans cette affaire, le juge de la Cour a noté que la Cour serait saisie d'une myriade de demandes si le processus de négociation des traités ne réglait pas la question des revendications chevauchantes. À son avis, si les parties ne parviennent pas à régler ce problème manifeste, elles pourraient bien se voir imposer par la Cour des solutions qu'elles trouveraient sans doute moins acceptables que des règlements négociés.

---

(46) Culturellement, les Gitanyow appartiennent à la première nation Gitksan.

(47) Les Gitanyow souhaitaient faire confirmer (1) que dans la négociation d'un traité avec les Gitanyow, les gouvernements fédéral et provincial sont tenus de négocier de bonne foi et de faire tous les efforts raisonnables pour conclure et signer un tel traité avec les Gitanyow, et (2) que le fait que les gouvernements fédéral et provincial concluent un traité avec les Nisga'a ou permettent la désignation, aux fins du Traité des Nisga'a, de terres ou de ressources faisant l'objet de négociations entre les Gitanyow, le Canada et la Colombie-Britannique avant que ces négociations soient conclues serait contraire à l'obligation de la Couronne de négocier de bonne foi, compromettrait la revendication des Gitanyow sur les parties « chevauchantes » de la vallée de la Nass et invaliderait le processus de traité avec les Gitanyow. Les premières nations Gitksan et Tahltan revendiquent aussi des parties du territoire du bassin de la Nass.

(48) *Gitanyow First Nation* v. *Canada*, [1999] 3 C.N.L.R. 89, par. 70-75.

Avril 1999

- Le Canada et la Colombie-Britannique ont fait appel de la décision Gitanyow au motif, notamment, que de soumettre le processus de négociation des traités au contrôle judiciaire pourrait faire des négociations une voie vers l'action judiciaire.
- La ministre fédérale des Affaires indiennes a annoncé un investissement de 15 millions de dollars sur trois ans pour financer des activités destinées à renforcer la capacité des Premières nations de la Colombie-Britannique de participer aux négociations et aux consultations relatives à la gestion des terres et des ressources. La province, quant à elle, a prévu deux millions de dollars pour l'exercice 1999-2000. Conformément à la recommandation du Groupe d'experts sur le renforcement des capacités post-*Delgamuukw*, un conseil de neuf personnes, le Conseil de l'initiative sur le renforcement des capacités (CIRC), a également été formé. Regroupant une majorité de représentants des Premières nations ainsi que des représentants du milieu des affaires et des syndicats, le CIRC sera chargé d'évaluer les projets proposés et d'en recommander le financement selon des lignes directrices qu'il établit lui-même pour définir les critères et les conditions d'admissibilité au financement. Toute Première nation de la Colombie-Britannique ayant une revendication territoriale en instance peut répondre à la demande de propositions du CIRC, qu'elle soit ou non partie prenante au processus établi par la Commission des traités. Les propositions relatives au renforcement des capacités dont le financement sera envisagé peuvent concerner des personnes, des organismes ou des entreprises[49].
- Le Canada, la Colombie-Britannique et la bande indienne seychelte ont signé la première entente de principe conclue dans le cadre du processus établi par la Commission des traités de la Colombie-Britannique[50].

---

(49) Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, *Communiqué*, « Le Canada investit 15 millions de dollars pour appuyer les Premières nations dans les négociations et les consultations concernant les terres et les ressources », Vancouver, 15 avril 1999; *Document d'information*, « L'Initiative de renforcement des capacités en Colombie-Britannique », 15 avril 1999; Bureau fédéral de négociation des traités, « 15 millions de dollars investis dans le Projet de la C.-B. en matière de capacités », *Traités en bref*, juin 1999, accessible sur Internet à l'adresse : http://www.inac.gc.ca/pubs/treaty/june99/invest.html.

(50) Le résumé de l'entente de principe des Seychelt se trouve sur le site Web du MAINC et sur celui du ministère provincial.

Mai 1999

- À une conférence du Fraser Institute, « The *Delgamuukw* case: Aboriginal Land Claims and Canada's Regions », des universitaires, des politiques et des dirigeants autochtones ont fait valoir de nombreux points de vue sur les répercussions actuelles et éventuelles de la décision de la Cour[51]. Par exemple, les participants étaient généralement d'avis que la Colombie-Britannique est le plus directement touchée par l'arrêt; ils ont cependant évoqué la possibilité que celui-ci puisse permettre à des Premières nations d'autres provinces ou territoires de renégocier des traités existants touchant la cession de terres. Certains ont décrit tour à tour l'arrêt comme étant un « levier précieux » pour les communautés autochtones du Québec, un moyen inefficace de concilier développement économique et droits des Autochtones en Colombie-Britannique, une victoire des peuples autochtones et une « garantie de paralysie bureaucratique ». D'autres ont proposé l'adoption d'une loi fédérale qui pourrait « pratiquement » abolir les titres aborigènes, à condition qu'il y ait indemnisation. D'autres enfin ont affirmé que l'arrêt *Delgamuukw* ne nuit pas à la capacité de la Colombie-Britannique de gouverner, car il permet aux gouvernements d'empiéter sur les titres aborigènes[52].

Juin 1999

- Les Gitanyow et les gouvernements fédéral et provincial ont convenu de reprendre en accéléré les négociations de traités, mettant en suspens la seconde question soulevée par les Gitanyow contre les gouvernements fédéral et provincial, à savoir que la signature de l'Entente définitive des Nisga'a était contraire à l'obligation de la Couronne de négocier de bonne foi avec les Gitanyow à la lumière de leur revendication « chevauchante »[53].
- Faute de consultation avec la Première nation des Klahoose, touchée par l'arrêt, le ministère des Forêts de la Colombie-Britannique et la société International Forest Products Ltd. ont

---

(51) On trouvera des renseignements sur la conférence à l'adresse électronique http://www.fraserinstitute.ca/.

(52) Peter O'Neil, « Delgamuukw Decision 'to Have Wide Fallout' on Native Claims: The Ruling on a B.C. Aboriginal Land Action Is Strengthening Rights Elsewhere, Experts Say », *Vancouver Sun*, 27 mai 1999, p. A4; « Delgamuukw Decision 'an Unworkable Regime': A B.C. Liberal MLA Says the Ruling Has Created a Flawed System in Trying to Reconcile Aboriginal Rights and Economic Projects », *Vancouver Sun*, 28 mai 1999, p. A6.

(53) On trouvera la suite de cette affaire à la rubrique « Novembre 1999 ».

retiré un plan d'exploitation forestière dans la région côtière Sunshine Coast et leur engagement à ne pas y couper d'arbres pendant au moins cinq ans. Le Ministère a convenu de consulter la bande klahoose sur toute décision ultérieure en matière de gestion forestière. Reconnaissant que le Ministère doit veiller à ce que les groupes autochtones soient consultés sur les questions de développement touchant leurs territoires ancestraux, un haut fonctionnaire a fait remarquer que les attentes des Premières nations varient face à l'obligation de les consulter créée par l'arrêt *Delgamuukw*, et qu'il n'est pas facile pour le Ministère de veiller au respect de toutes ses obligations juridiques(54).

- La Commission des traités de la Colombie-Britannique affirme dans son rapport annuel que les répercussions de la décision *Delgamuukw* ne sont pas encore entièrement connues et qu'un de ses effets a été de créer suffisamment d'incertitude chez toutes les parties pour les pousser à négocier des traités plutôt que de s'en remettre à un procès. Elle a fait savoir que les recommandations élaborées au cours du processus d'examen tripartite étaient à l'étude, et décrit comme suit l'objet de cet examen :

> Trouver des moyens d'accélérer la négociation des composantes des traités touchant les terres, les ressources, l'argent et les autres considérations financières. Les Premières nations qui empruntent des sommes importantes pour financer leurs négociations sont frustrées. Lorsque les négociations traînent en longueur, elles voient s'épuiser ou carrément disparaître les ressources dans leurs territoires et craignent qu'il n'en reste très peu pour répondre aux attentes découlant des traités. Elles veulent être sûres que les traités leur procureront de meilleures conditions que celles dont elles bénéficient à l'heure actuelle. L'arrêt *Delgamuukw* et sa confirmation des titres ancestraux qui en découle font en sorte que les Premières nations s'attendent maintenant davantage à ce qu'on s'occupe de leurs préoccupations. Une façon de redonner confiance dans le processus de négociation de traités serait de régler rapidement les questions touchant les terres et les ressources au lieu de laisser traîner les choses. (traduction)

---

(54) Les implications de l'obligation de consultation énoncée par l'arrêt *Delgamuukw* ont été invoquées dans plusieurs décisions : voir *Kitkatla Band* v. *British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [1999] 1 C.N.L.R. 72 (C.C.S.C.), où le juge, ayant constaté que le devoir de consultation n'avait pas été rempli, a annulé la décision pour d'autres motifs dans *Kitkatla Band* v. *British Columbia (Small Business, Tourism and Culture)*, dossiers VO3364 et VO3385, 19 janvier 2000 (B.C.C.A.); *Chief Councillor Alice Munro* v. *British Columbia (Minister of Forests) et al.*, dossier A981672, 9 juillet 1998 (B.C.S.C.).; *Halfway River First Nation* v. *British Columbia (Ministry of Forests)*, dossiers CA023526 et CA023539, 12 août 1999 (B.C.C.A.), confirmant [1997] 4 C.N.L.R. 45 (B.C.S.C.).

La Commission fait par ailleurs observer que, comme il ressort clairement de la décision *Delgamuukw*, le versement d'une somme forfaitaire à des individus autochtones pour résoudre les questions liées aux traités n'est pas envisageable, puisque le titre aborigène est détenu par des groupes et non par des individus. Par conséquent, les gouvernements doivent s'entendre avec les Premières nations qui détiennent les titres plutôt qu'avec des membres individuels des Premières nations(55).

- Dans son rapport, la Commission des traités affirme qu'une déclaration de reconnaissance mutuelle pourrait satisfaire, du moins en partie, à la directive claire de l'arrêt *Delgamuukw* que la négociation de traités doit concilier titre aborigène et titre de la Couronne, et qu'on attend une déclaration commune du Canada, de la Colombie-Britannique et du Sommet des Premières nations. La Commission insiste une fois de plus pour dire que la nécessité d'établir des mesures provisoires efficaces, comme le souligne l'arrêt, est devenue plus pressante(56). Elle prédit qu'une entente sur le partage des coûts relatifs aux mesures provisoires entre les gouvernements provincial et fédéral faciliterait le règlement des revendications au moyen de traités et protégerait les intérêts des Premières nations en attendant la conclusion de traités(57).
- La Commission a souligné que les Premières nations avaient besoin de fonds suffisants pour négocier sur un pied d'égalité avec le Canada et la Colombie-Britannique, ajoutant que l'augmentation du nombre de Premières nations qui en sont à la quatrième étape [37 Premières nations de la Colombie-Britannique négocient alors des ententes de principe] et la diminution progressive du budget total ont entraîné une chute des indemnités versées. La Commission estime que les Premières nations auraient besoin de 38,4 millions de dollars pour mener leurs négociations à terme au cours de l'exercice 2000-2001. Elle dit avoir prévenu le Canada et la Colombie-Britannique que bon nombre de bureaux chargés des traités manqueront de fonds, sans compter que leurs efforts de recherche ne pourront être soutenus.

---

(55) Commission des traités de la Colombie-Britannique, *Annual Report 1999*, « The Legal and Political Landscape After Delgamuukw », Vancouver, juin 1999.

(56) *Ibid.*

(57) Commission des traités de la Colombie-Britannique, *News Release*, « Several Treaties with First Nations within Reach, Says Treaty Commission Annual Report Card », Vancouver, 24 juin 1999.

Même les Premières nations qui sont sur le point de conclure une entente de principe ou qui avancent bien dans leurs négociations trouveront difficile, voire impossible, de soutenir le rythme des négociations[58].

- Un sondage effectué auprès des Premières nations de la Colombie-Britannique participant au processus établi par la Commission révèle que des négociations se déroulent avec les Wet'suwet'en, tandis que les Gitksan n'ont pas encore repris les négociations tripartites[59].
- Les réactions au rapport annuel de la Commission ont été partagées. Les dirigeants du Sommet des Premières nations se sont réjouis des constatations concernant la nécessité d'accroître le financement pour appuyer les négociations et améliorer les mesures provisoires, et ont demandé une rencontre avec la ministre fédérale des Affaires indiennes et le ministre provincial des Affaires autochtones pour en discuter[60]. Le président de l'Union des chefs indiens de la Colombie-Britannique aurait affirmé que 45 p. 100 des groupes autochtones de la province désapprouvent le processus des traités qui, selon lui, mènera à l'abolition des titres aborigènes et à une plus grande incertitude économique pour les Premières nations. À son avis, l'arrêt *Delgamuukw* reconnaît clairement l'existence du titre aborigène et des intérêts légitimes des peuples autochtones à l'égard des terres et des ressources de la Colombie-Britannique[61].

Juillet 1999

- Établi en avril 1999, le Conseil de l'initiative sur le renforcement des capacités a approuvé 74 des 167 demandes de fonds pour 1999-2000. Les propositions retenues, admissibles au même niveau de financement pour la prochaine année financière, ont reçu des montants allant jusqu'à 75 000 $, pour un engagement global de 5 millions de dollars. Les fonds devaient être

---

(58) Commission des traités de la Colombie-Britannique, *Annual Report 1999*, « Negotiation Funding Inadequate ».

(59) *Ibid.*, « First Nations in Stage 4 ».

(60) « First Nations Summit Urges Governments to Implement Recommendations Contained within the 1999 BC Treaty Commission Annual Report », Canada News Wire, Vancouver, 25 juin 1999.

(61) « Smooth Road Expected for Aboriginal Treaties », *Regina Leader Post*, 25 juin 1999, p. C9. La position de l'UBCIC sur les titres aborigènes et les droits autochtones est affichée à l'adresse http://www.ubcic.bc.ca/publications.htm

distribués mensuellement à compter d'octobre 1999, sous la condition que les bénéficiaires produisent des rapports régulièrement. Bon nombre des projets approuvés concernent la gestion des terres et des ressources et visent à renforcer les capacités de gestion pour la période post-traité, ainsi qu'à aider les Premières nations à mieux se débrouiller dans les consultations en cours(62).

- L'Assemblée général de l'APN a adopté une résolution sur la mise en application de l'arrêt *Delgamuukw* visant la révision de la politique fédérale des revendications globales en vue d'élaborer une approche de rechange fondée sur la reconnaissance du titre aborigène conformément à l'arrêt *Delgamuukw*. La résolution découle en partie de l'opinion de l'APN selon laquelle le gouvernement du Canada refuse de modifier sa politique des revendications globales de manière à reconnaître le titre aborigène conformément à l'arrêt *Delgamuukw* et continue plutôt à se servir du processus de révision APN/MAINC issu de *Delgamuukw* comme prétexte pour ne pas modifier sa politique. Par conséquent, la révision serait devenue préjudiciable pour les Premières nations qui réclament le titre aborigène et demandent que l'arrêt *Delgamuukw* soit mis en application(63).

Septembre 1999

- Un rapport des chefs de Colombie-Britannique, rendu public à l'occasion du Sommet des Premières nations, appelle les chefs autochtones à examiner des solutions de remplacement au processus de négociation de traités vu le désaccord entre les Autochtones et les gouvernements sur les questions de l'indemnisation et du titre aborigène(64).
- Ayant négocié en vain pour obtenir un permis provincial d'exploitation forestière, des membres de la Première nation Westbank entreprirent de l'abattage sans permis sur des terres de la Couronne revendiquées par eux dans le centre sud de la Colombie-Britannique. C'était

---

(62) Bureau fédéral de négociation des traités, « Les Premières nations reçoivent des fonds pour développer leurs compétences en matière de gestion des ressources et des terres », *Traités en bref*, novembre 1999; http://www.inac.gc.ca/pubs/treaty/nov99/funds_f.html

(63) Résolution 5/99, 22 juillet 1999.

(64) Kim Pemberton, « Immediate Benefits Planned for Natives », *Vancouver Sun*, 16 septembre 1999, p. A10.

là pour certains la partie visible de l'iceberg de l'insatisfaction autochtone face à l'inaction de la province dans le dossier des implications de l'arrêt *Delgamuukw*[65]. Dans une alliance inédite, l'Union des chefs indiens de Colombie-Britannique et le Sommet des Premières nations appuyèrent l'activité d'abattage de la nation Westbank[66], comme le firent de nombreux autres groupes autochtones, aussi bien locaux et régionaux que nationaux[67]. Des Premières nations de divers coins de la province ont exprimé leur intention de suivre l'exemple de la Westbank; certaines, invoquant l'arrêt *Delgamuukw*, l'ont fait. La province a demandé à la Cour suprême de Colombie-Britannique de rendre une ordonnance obligeant les travailleurs de la Westbank à se conformer à l'ordonnance d'arrêt des travaux rendue par le ministère des Forêts, mais le 28 septembre, la Cour a statué qu'un tribunal devrait d'abord trancher le différend quant au titre aborigène et au titre de la Couronne. À la demande de la Cour, la Première nation Westbank a accepté de plein gré de cesser ses activités. La province a demandé l'autorisation d'en appeler de cette décision[68].

---

(65) Les Gitksan, par exemple, assimilant leur situation à celle des Westbank, envisageraient d'aller en cour plaider leur droit de couper du bois suivant les principes de l'arrêt *Delgamuukw*. En mars 1999, la Forest Appeals Board statua sur une accusation de 1995 relativement à l'entrée non autorisée sur une terre de la Couronne pour couper du bois, comportant une amende importante, que le ministère des Forêts n'avait pas tenu compte des droits des Gitksan (« Gitksan to Court in Dispute on Logging », *Vancouver Sun*, 10 septembre 1999, p. A29.)

(66) « First Nations Summit Passes Unanimous Resolution in Support of Westbank First Nation », Canada News-Wire, 15 septembre 1999.

(67) Notamment le Conseil tribal Porteurs-Sekani, dont les chefs s'employaient à empêcher les grandes forestières de pénétrer sur leur territoire traditionnel en l'absence de mesures forestières intérimaires qui protégeraient leurs intérêts dans l'attente de la négociation d'un traité. À leur avis, l'arrêt *Delgamuukw* confirme leur droit sur la ressource forestière, et ils ne comptaient pas rester les bras croisés alors que leurs gens sont sans travail et qu'ils s'endettent à négocier pour obtenir des terres dégarnies (Conseil tribal Porteurs-Sekani, communiqué, « CSTC Supports Westbank First Nation's Title to Their Forests », Prince George, 29 septembre 1999).

(68) Chuck Poulsen, « Both Sides in Logging Dispute Hope for Solution », *Kelowna Daily Courrier*, 22 septembre 1999; « Court Weighs Logging Dispute », *Brantford Expositor*, 24 septembre 1999, p. A9; « Court Turns Down Victoria Bid to Stop Westbank Logging », *Vancouver Sun*, 28 septembre 1999, p. A4; Suzanne Fournier, « Westbank Nation Logs Key to Victory : Judge Refuses to Halt Timber Cutting on Land in Dispute », *Vancouver Province*, 28 septembre 1999, p. A11; « Westbank Band Scores Court Victory », *Victoria Times Colonist*, 28 septembre 1999, p. A1; Kim Pemberton, « Province Appeals Logging-Ban Ruling : A Judge Refuses to Grant a Request to Force an End to Cutting, but the Westbank Band Stops Voluntarily », *Vancouver Sun*, 29 septembre 1999, p. B8.

- Le Cabinet de la Colombie-Britannique a approuvé des « mesures de traité » pour réactiver le processus de négociation de traités en Colombie-Britannique et faire en sorte que le Canada fasse sa part dans les travaux de négociation de traités. Il a demandé au gouvernement fédéral d'en faire autant et de finaliser les modalités de partage des coûts. D'après des documents du gouvernement, les « mesures de traité » en question pourraient faire avancer le processus de négociation plus rapidement que les mesures intérimaires dont la province était seule à supporter le coût. Les mesures sont destinées à aider à accélérer la négociation de traités. Selon les mêmes documents, elles permettront aussi à la province de s'acquitter de ses obligations légales découlant de l'arrêt *Delgamuukw* et de décisions connexes, contribueront à régler les différends sur l'utilisation des terres et des ressources et faciliteront le développement économique. Elles pourraient aussi comprendre la protection des terres et ressources[(69)]. Certains leaders autochtones de la province ne croient pas que ces mesures vont renouveler le processus de négociation de traités[(70)].

Octobre 1999

- Des leaders des Premières nations de l'intérieur de la Colombie-Britannique comptent se rendre aux États-Unis et en Europe pour demander le boycottage des produits forestiers de la province, parce qu'ils proviendraient illégalement de terres autochtones. Un porte-parole du Conseil des industries forestières a reconnu qu'un tel boycottage menace l'industrie[(71)].
- Le Sommet des Premières nations a convoqué une assemblée extraordinaire pour discuter de l'insatisfaction des Premières nations de Colombie-Britannique face aux négociations et au manque apparent de volonté des deux gouvernements dans le processus de négociation. Le grand chef Edward John estime que les négociations sont à un tournant. À son avis, les

---

(69) Gouvernement de Colombie-Britannique, ministères des Affaires autochtones, communiqué, « Cabinet Approves Measures to Revitalize Treaty Negociations », Victoria, 29 septembre 1999.

(70) Suzanne Fournier, « B.C. Resources Overture Brushed Off by Natives », *Vancouver Province*, 1er octobre 1999, p. A44.

(71) « B.C. Chiefs Seek Lumber Boycott Abroad: Leaders of Three Interior Bands Are Going to Washington, New York and Geneva in a Bid to Launch an International Campaign against Purchase of B.C. Wood… », *Vancouver Sun*, 21 octobre 1999, p. B7.

gouvernements continuent de se présenter à la table avec des préalables unilatéraux qui sont clairement inacceptables, ce qui est en contradiction flagrante avec les principes d'une négociation de bonne foi[72].

- À l'assemblée extraordinaire, le ministre des Affaires autochtones de la Colombie-Britannique a annoncé que les mesures relatives aux traités comprendraient entre autres points :
  - l'engagement de déposer rapidement des offres d'une entente de principe;
  - une contribution provinciale de 20 millions de dollars à un fonds de mesures de traités, financé à égalité avec le gouvernement fédéral;
  - la volonté de reprendre les négociations avec le Sommet des Premières nations sur la question d'établir une certitude par la conclusion de traités;
  - l'engagement à entendre les vues des Premières nations sur le partage des recettes, la cogestion et l'indemnisation;
  - une invitation aux Premières nations et à l'industrie forestière à discuter de la mise sur pied d'un comité directeur pour l'accès des Premières nations à l'exploitation des forêts[73].

  Pour ce qui est de l'indemnisation, le ministre a reconnu, comme le croient les Premières nations, que les traités constituent des règlements de revendications antérieures, et il a indiqué que la province était disposée à discuter de la question avec les autres parties aux négociations[74].
- À la suite de l'assemblée, le Sommet des Premières nations est demeuré critique à l'égard des deux gouvernements, notamment sur la question de l'indemnisation[75] et de l'aliénation continue des terres et des ressources. Le commissaire en chef de la Commission des traités

---

(72) Commission des traités de Colombie-Britannique, *Newsletter*, « Changes to Treaty Process May Spur Negociations », Vancouver, novembre 1999.

(73) Gouvernement de Colombie-Britannique, ministère des Affaires autochtones, communiqué, « Treaty Measures Offer Resource Opportunities for First Nations », Vancouver-Nord, 29 octobre 1999.

(74) L'honorable Dale Lovick, allocution au Sommet des Premières nations, Vancouver-Nord, 29 octobre 1999

(75) Le Sommet des Premières nations retient l'indemnisation comme un grand enjeu dans la négociation de traités et il estime que la fin de non-recevoir des gouvernements quant à sa discussion dans le cadre des négociations est une des causes de l'absence de progrès sur la question des traités (voir Commission des traités de la Colombie-Britannique, *Newsletter*, « Compensation a Key Issue in Negociations », Vancouver, novembre 1999).

de la Colombie-Britannique a observé que les Premières nations présentes n'avaient pas voté la suspension du processus de négociation, estimant qu'elles n'étaient pas disposées à renoncer à un processus qui avait été long à obtenir. Il a ajouté qu'à la suite de l'arrêt *Delgamuukw*, les parties se sont entendues sur des changements pour revigorer le processus de négociation; que ces changements auraient une incidence sur les négociations au cours des prochains mois et mettraient à l'épreuve la volonté politique des parties; et qu'il était trop tôt pour dire si cette réforme suffirait pour mener à des ententes(76).

Novembre 1999

- La Cour suprême de Colombie-Britannique a accédé à la demande, présentée par le ministre des Forêts, d'une ordonnance interlocutoire pour empêcher certaines Premières nations de poursuivre leurs activités d'abattage sur les terres de la Couronne, en attendant qu'il soit statué sur leurs revendications du titre d'aborigène et du droit de coupe(77). Dans une affaire semblable, la cour a ordonné que le différend entre le ministère provincial des Forêts et la Première nation de Westbank soit rapidement soumis à un tribunal plutôt que d'être réglé par voie d'audition sommaire. De l'avis du juge, un procès s'impose en raison de la complexité des questions de prise en compte des intérêts autochtones et de justification évoquées dans *Delgamuukw*, qui se posent aussi dans ce cas-ci. Le juge a ajouté que la question du titre de la Première nation n'est pas incontestée, qu'il est clair que la Couronne n'est pas prête à concéder que la Première nation a un titre ou des droits sur la région revendiquée et qu'elle contestera ces revendications(78).
- La Commission des traités de la Colombie-Britannique annonce que les gouvernements fédéral et provincial souscrivent à la déclaration suivante sur le titre aborigène et le titre de la Couronne :

---

(76) Commission des traités de Colombie-Britannique, *Newsletter*, note 72.

(77) *British Columbia (Minister of Forests)* v. *Okanagan Indian Band*, [1999] B.C.J. n° 2545 (Q.L.), 12 novembre 1999.

(78) *British Columbia (Minister of Forests)* v. *Westbank First Nation*, dossier 46440, 12 novembre 1999.

Les parties conviennent de négocier des traités selon les principes suivants :

1. Les parties reconnaissent que le titre aborigène existe au sens de droit protégé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.
2. L'existence d'un titre aborigène en Colombie-Britannique est un droit légal sur le territoire et grève ainsi le titre de la Couronne.
3. Le titre aborigène s'entend à la fois au sens de la common law et dans l'optique autochtone.
4. Comme la Cour suprême du Canada l'a reconnu, les peuples autochtones tirent leur titre aborigène de l'occupation, de l'utilisation et de la possession de longue date de leurs terres tribales.
5. Les parties conviennent qu'il est dans l'intérêt bien compris des Autochtones et de la Couronne que leurs intérêts soient déterminés par des négociations honorables, respectueuses et de bonne foi[79].

---

(79) Commission des traités de la Colombie-Britannique, « The Treaty Commission's Role in the Review », *After Delgamuukw : The Legal and Political Landscape*, Vancouver, novembre 1999.